

Roj: **STS 245/2015 - ECLI:ES:TS:2015:245**Id Cendoj: **28079130032015100029**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **02/02/2015**Nº de Recurso: **5625/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3929/2011,**
STS 245/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **5625/2011** interpuesto por "EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada con fecha 14 de septiembre de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 389/2010, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo número 389/2010 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de mayo de 2010 que en el expediente SNC/0007/10 acordó:

"Primero.- Declarar que la actuación de Extraco Construccions e Proxectos, S.A. en el curso de la inspección desarrollada el 15 de octubre de 2009 por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia constituye una obstrucción de la labor inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia, tipificada como infracción leve en el artículo 62.2.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a Extraco Construccions e Proxectos, S.A.

Segundo.- Imponer a Extraco Construccions e Proxectos, S.A., la sanción de trescientos mil euros (300.000 €)"

Segundo.- En su escrito de demanda, de 29 de septiembre de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, estimando el presente recurso:

(i) declare la anulación de la resolución recurrida; o

(ii) subsidiariamente, declare la reducción sustancial de la sanción de multa impuesta a Extraco en la citada resolución;

y en cualquiera de los casos anteriores, con expresa imposición de costas a la Administración demandada".

Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de noviembre de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia



"por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 22 de noviembre de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 14 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Extraco Construccions e Proxectos S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2010, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución administrativa impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 21 de diciembre de 2011 "Extraco Construccions e Proxectos S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **5625/2011** contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional: Único: "se denuncia la infracción del principio de proporcionalidad, infracción legal del art. 131.3 LJPAC y 64.1 LDC relativos a la graduación de las multas, e infracción de la jurisprudencia casacional recogida entre otras en la STS 30/10/90, 29/04/91, 05/05/93, 14/06/83 [...]".

Sexto.- Por escrito de 18 de abril de 2012 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia recurrida con condena en costas.

Séptimo.- Por providencia de 9 de diciembre de 2014 la Sala acordó: "Se deja sin efecto el señalamiento efectuado para el día de la fecha a fin de deliberar el presente recurso de casación número **5625/2011** de modo conjunto con los números 1526/2013, 1531/2013, 1580/2013, 2793/2013, 2872/2013, 3854/2013 y 1476/2014, asimismo relativos a sanciones en materia de defensa de la competencia, cuyo señalamiento para votación y fallo está fijado para el día 20 de enero de 2015."

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 14 de septiembre de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de mayo de 2010 que acordó imponerle una sanción de trescientos mil euros de multa al considerarla culpable de una infracción leve tipificada en el artículo 62.2.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia declaró que "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." había obstruido la acción del órgano investigador en el curso de la inspección desarrollada por funcionarios de la Dirección de Investigación el 15 de octubre de 2009 en los locales de la empresa.

Segundo.- La Sala de instancia corroboró la validez de la resolución sancionadora. Consideró como hechos probados los que se declaraban en ella, que inmediatamente reproduciremos, hechos que no son discutidos en casación. Tampoco lo es la calificación de la conducta como infracción leve pues la controversia ante esta Sala se limita a debatir la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta, que la recurrente califica como contraria al principio de proporcionalidad y al artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Dado que, en todo caso, la apreciación de la proporcionalidad de la sanción no puede desvincularse de la entidad antijurídica de los hechos sancionados, es procedente que transcribamos los que, en concreto, determinaron la respuesta del organismo encargado de la defensa de la competencia. Fueron, en síntesis, los siguientes (según la dicción de la sentencia, que se remite al texto de la resolución administrativa):

"[...] De la documentación incorporada al expediente administrativo, y, en concreto, del contenido del acta de la inspección, resultan una serie de actuaciones que [...] evidencian que por parte de representantes de la empresa inspeccionada se ha obstaculizado la labor de los funcionarios de la CNC. En concreto:

(i) La sustracción por parte del Consejero Delegado de Extraco Construccions e Proxectos, S.A., [...] de un sobre blanco y posteriormente de unas fotografías, que se encontraban en su despacho.

(ii) La negativa del Consejero Delegado de Extraco Construccions e Proxectos, S.A. [...] a devolver el sobre blanco sustraído de su despacho, señalando en primer lugar que lo había destruido, y pretendiendo



posteriormente hacerlo pasar por una carpeta de documentos que se hallaba sobre la mesa de D. XXX, carpeta que por sus dimensiones no era susceptible que se encontrase dentro del sobre blanco sustraído.

(iii) La negativa de Extraco Construccions e Proxectos, S.A., a partir de las 14:21 horas, a permitir que se continuase la inspección en uno de sus despachos sin la presencia de su asesor legal externo, y a que se inspeccionase la caja de seguridad de Extraco Construccions e Proxectos, S.A. Esta negativa a permitir el desarrollo de la inspección sólo se levantó a partir de las 14:45 horas, cuando se personaron en la sede de Extraco Construccions e Proxectos, S.A. agentes de la policía nacional".

Tercero.- La Sala de instancia aceptó asimismo la validez de la multa impuesta, conclusión a la que llegó después de transcribir en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia las consideraciones que al respecto había expresado la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución, y que eran del siguiente tenor:

"[...] De acuerdo con el citado precepto [artículo 63.1 de la Ley, a tenor del cual las infracciones leves son sancionables con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa] la Dirección de Investigación, sin proponer una cifra concreta de sanción, recoge en su propuesta que el límite máximo para la multa es de 627.085,09 euros, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las cuentas anuales y el informe de gestión, el volumen de negocios de la empresa infractora, Extraco Construccions e Proxectos, S.A., en el año 2008 fue de 62.708.509,98 euros, y que a este a fecha no se dispone de información sobre el volumen de negocios del año 2009 porque, según informa la propia imputada las cuentas anuales de dicho ejercicio están en fase elaboración y auditoría...

Por lo que se refiere a la cuantificación de la multa dentro del límite fijado por la Ley, y en orden a mantener la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la multa y la infracción cometida, el Consejo quiere destacar que en el caso que nos ocupa de los múltiples supuestos de obstrucción a la labor inspectora que pueden producirse, el realizado por la Empresa Extraco Construccions e Proxectos, S.A no puede considerarse menor puesto que como consta en el acta de inspección, si bien esta finalmente se llevo a cabo en el mismo día, hubo una obstaculización continuada de la labor inspectora por distintos responsables de la empresa, comenzando por desatender las indicaciones de los inspectores y culminada con la negativa expresa del acceso a la caja de seguridad de la empresa que se produce a las 14.21 horas y que solo fue posible acceder a la misma previa personación de los agentes de la policía nacional requeridos por los inspectores. Y, lo que a afectos de la labor inspectora podría ser mas grave, es que se destruyó o se hizo desaparecer, y desde luego se hurtó del conocimiento de los inspectores la documentación que contenía un sobre blanco (ver punto 27 del acta de inspección) y que, dado que ni someramente pudo verse su contenido, no puede descartarse que contuviera información relacionada con el objeto de la inspección [...].

Por tanto y sin aceptar los citados atenuantes alegados por la imputada, el Consejo considera que dentro del limite del 1% del volumen de negocios propuesto, y teniendo en cuenta que pueden existir dudas razonables de que la documentación hurtada estuviera relacionada con el objeto de la inspección, una multa proporcionada a la acción obstruccionista llevada a cabo por la empresa debe situarse en el entorno del 50% del importe máximo, cuantificándose en 300.000 euros."

Tras reproducir esta parte de la resolución administrativa impugnada, la Sala de la Audiencia Nacional se limitó a afirmar que "[...] de ello resulta que, a pesar de que se ha razonado sobre la gravedad de la conducta la sanción se ha impuesto en el 50% de la multa prevista en la norma, esto es, el grado medio, que es el corresponde cuando no se aprecian ni agravantes ni atenuantes, por lo que la proporcionalidad ha sido respetada."

Cuarto.- En su motivo único de casación la empresa recurrente sostiene que la aplicación del principio de proporcionalidad exige que el porcentaje del volumen de ventas empleado para calcular la sanción se haga no sobre la cifra de negocios global de la empresa sino tan sólo sobre la correspondiente al sector de la actividad en que se haya cometido la infracción.

Recuerda, a estos efectos, que en resoluciones anteriores este criterio había sido precisamente el utilizado por la Comisión Nacional de la Competencia. Cita, en concreto, la de 24 de julio de 2008 (expediente 2/2008, Caser): "[...] precisamente, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad, la propuesta de multa del 1% de la dirección de investigación no toma como referencia el volumen total de negocios de la empresa, sino solamente el volumen de negocios en el ramo del seguro decenal en España correspondiente al ejercicio 2007". Y añade que este mismo proceder figura también en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de febrero de 2008 (expediente 626/2007, Canarias Explosivos) donde se toma en consideración la cifra o volumen de negocios de la empresa sancionada en el mercado relevante sujeto a la práctica investigada.



A partir de esta premisa la recurrente sostiene que sus ventas en el ejercicio 2008 en el específico mercado relevante en el que se cometió la infracción ascendieron a 1.104.576'52 euros. A su juicio, la aplicación a esta cifra del mismo porcentaje utilizado por la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución impugnada (esto es, el 0,5 por ciento), calculándolo "no sobre el total de ventas sino las concretas y específicas en el mercado de la licitación para la rehabilitación y pavimentación de firmes", determinaría que la multa deba ascender a la cantidad de 5.522'88 euros, "ajustada al principio de proporcionalidad y muy inferior a la establecida unilateralmente, sin criterio alguno y de forma desproporcionada, por la CNC de 300.000 euros".

Quinto.- Centrada así la controversia en casación, hemos de remitirnos a las consideraciones expuestas en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso de casación número 2872/2013) sobre la interpretación que debe darse a los términos "volumen total de negocios" que figuran en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 . En síntesis, hemos afirmado que cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción.

Hemos añadido, no obstante, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva no resulta irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse. De ahí que sea procedente utilizar este parámetro a la hora de aplicar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 , precepto que "[...] ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta".

Pues bien, a partir de estos criterios, consideramos que la aplicación del principio de proporcionalidad no justifica la elección del porcentaje (la mitad del máximo previsto para las infracciones leves) de la cifra total de negocios de la empresa recurrente, porcentaje que ha utilizado la Administración y corroborado la Sala de instancia. Son dos las razones que conducirán a una minoración de aquel porcentaje, traducida en la consiguiente reducción de la multa impuesta.

A) El expediente sancionador se limitaba (y así es perceptible en su resolución final, de 19 de octubre de 2011) a las posibles prácticas anticompetitivas desarrolladas en un determinado mercado, el de los concursos públicos para la conservación, mejora y rehabilitación de firmes y plataformas. En dicho mercado sin duda actúa "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." pero su actividad empresarial, según las pruebas aportadas a los autos (entre ellas, las cuentas correspondientes al ejercicio de referencia), se despliega también en otros no afectados por tales prácticas como son, entre otros, el de la construcción y mantenimiento de edificios, las obras de urbanización o las obras hidráulicas.

Habiendo utilizado la Administración como base para su cuantificación de la multa los datos que constaban en "las cuentas anuales y el informe de gestión", a tenor de los cuales la Comisión Nacional de la Competencia afirma que "el volumen de negocios de la empresa infractora, Extraco Construccions e Proxectos, S.A., en el año 2008 fue de 62.708.509,98 euros", en esas mismas cuentas consta el desglose de la cifra de negocios correspondiente a los capítulos "mantenimiento de infraestructuras", "acondicionamiento de carreteras" y "rehabilitación de firmes y pavimentos", cuya suma supera en poco la de doce millones doscientos mil euros.

B) La conducta sancionada en este caso no tuvo ni la gravedad ni los efectos que justificarían una sanción como la impuesta, ni impidió en definitiva la realización de la actividad inspectora. En realidad las acciones obstaculizadoras se concretaron en dos, según el relato de hechos que ya hemos transcrito: a) la no entrega por parte del Consejero Delegado "de un sobre blanco y posteriormente de unas fotografías", cuyo contenido no consta que tuviera relación con las prácticas colusorias (así lo admite la resolución al afirmar que "pueden existir dudas razonables de que la documentación hurtada estuviera relacionada con el objeto de la inspección); y b) la negativa de la empresa a permitir que se continuase la inspección en uno de sus despachos, negativa que no era absoluta sino condicionada a la "la presencia de su asesor legal externo" y que finalmente abandonó, como sucedió igualmente con la inspección de la caja de seguridad.

En estas condiciones, la Sala entiende que resulta más proporcional a la entidad de la conducta infractora -cuya calificación jurídica como infracción leve no ha sido, repetimos, discutida- una sanción pecuniaria de cien mil euros, punto de equilibrio entre la capacidad económica de la empresa (su volumen total de negocios) y



las concretas circunstancias en que se produjeron los hechos, esto es, las concernientes tanto a la entidad antijurídica de su conducta como a su incidencia en el curso de la investigación de prácticas colusorias limitada a un sector o mercado de los varios en que la sancionada desempeña su actividad.

Sexto. - Ha lugar, pues, a la estimación del recurso de casación y a la parcial estimación del recurso contencioso-administrativo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Estimar el recurso de casación número **5625/2011** interpuesto por "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 14 de septiembre de 2011 en el recurso número 389 de 2010, que casamos en lo relativo a la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta.

Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 389/2010 interpuesto por "Extraco Construccions e Proxectos, S.A." contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el 6 de mayo de 2010 en el expediente SNC/0007/10, Extraco, en lo que se refiere a la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta, que debe limitarse a la cifra de cien mil euros.

Tercero.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- María Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.