



Roj: **SAN 3223/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3223**

Id Cendoj: **28079230062018100382**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **66/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000066 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00490/2016

Demandante: Ascan Empresa Constructora y de Gestión SA. (Ascan)

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEJÍAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de julio de dos mil dieciocho.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **66/2016**, seguido a instancia de la mercantil "**Ascan Empresa Constructora y de Gestión SA**" (**Ascan**), representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mejías, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 1.218.525 €, e intervino como **ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 19 de octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/10, se declaró la responsabilidad de la recurrente como autora de una infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y se le impuso una multa de 1.218.525 euros.

2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, fue estimado en parte por sentencia de la Sala de dicho órgano y orden jurisdiccional de 17 de junio de 2013 que anuló la multa impuesta. Finalmente, el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 30 de enero de 2015, mantuvo la nulidad de la multa ordenando un recalcuro de la misma según lo establecido en su propia fundamentación jurídica, que difiere de la de la Audiencia Nacional aplicó la doctrina de la STS de 29 de enero de 2015).

3. Mediante resolución de 19 de noviembre de 2015 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el expediente VS/0226/10, se procedió al recalcuro de la multa, que quedó fijada en la misma cantidad de 1.218.525 euros.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Caducidad del expediente. Infracción de los artículos 36.1 y 37.1 de la LDC :

-Incoado el expediente el 18/02/2010, finalizó el 19 de noviembre de 2015, tras la sentencia del TS de 30 de enero de 2015 .

-La duración del procedimiento excedió de los 18 meses legalmente revistos, sin que se haya justificado la interrupción de dicho plazo.

-El hecho de que la resolución recurrida se haya dictado en ejecución de dicha sentencia es irrelevante, pues el TS no modificó el acto inicialmente recurrido, sino que lo anuló parcialmente.

2. Infracción del derecho a un procedimiento con todas las garantías:

-La CNMC ha procedido a dictar la resolución impugnada sin dar previa audiencia a la recurrente y sin seguir procedimiento alguno, ignorando que el TS declaró la anulabilidad de la resolución inicialmente recurrida.

3. Falta de motivación y arbitrariedad:

-La resolución no exterioriza el razonamiento por el que fija el porcentaje del tipo sancionador en un 2,15% del volumen de facturación

4. Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta:

-La metodología seguida por la CNMC es impredecible y genera arbitrariedad.

-No se considera cual fue el beneficio ilícito de Ascan, pero sin explicación alguna se indica que su volumen de negocio a nivel nacional fue de un 16,5%, a pesar de tratarse de una empresa local que solo opera en Cantabria.

-Incumplimiento del artículo 64 de la LDC según los criterios de la STS de 29/01/2009 .

-La fijación del volumen de facturación de ASCAN en el mercado afectado por la infracción, se fijó, arbitrariamente, en 24.647.000 euros, basándose en un cálculo arbitrario sobre la duración de la infracción, lo que es ajeno al principio de proporcionalidad e igualdad, comparando la sanción con las impuestas en otros expedientes.

-La resolución no explica su afirmación según la cual la participación en una sola infracción en 2009 tiene una duración de 13 meses mientras que a la misma infracción cometida en 2008 se le atribuye una duración de 6 meses.

5. Arbitraria fijación del tipo sancionador:

-La resolución no justifica la imposición de un tipo sancionador del 2,15%

-La resolución no se refiere a las circunstancias previstas en los artículos 64, c, d y f para establecer la proporcionalidad de la sanción (alcance, efecto y beneficio ilícito que se limitó a 217.329,50 euros).

6. Inaplicación del mandato de la STS de 29 de enero de 2015, habida cuenta que la recurrente es una empresa multiproducto.



TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia declarando inadmisibile el recurso con apoyo en el artículo 69 c LJCA . Y subsidiariamente su desestimación, declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 23 de mayo de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha 19 de noviembre de 2015 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el expediente VS/0226/10, por la que se procedió al recalcu de la multa inicialmente impuesta a la recurrente, que quedó fijada en la misma cantidad inicial de 1.218.525 euros.

SEGUNDO : La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la inadmisibilidad del recurso interpuesto con apoyo en el artículo 69 c) de la LJCA , por cuanto la defensa del Estado estima que se ha recurrido un acto que no es susceptible de impugnación autónoma, ya que se trata de un acto de ejecución de sentencia que tiene su vía propia en los artículos 104 y concordantes de la LJCA .

Tal y como ya hemos dicho anteriormente, en cualquier caso, no puede apreciarse la pretendida causa de inadmisibilidad si se advierte que la complejidad y variedad de cuestiones que planteaba el cumplimiento de la sentencia ya puso en su día de manifiesto la necesidad de que, en este concreto supuesto, se recondujese la reclamación a un nuevo proceso, solución que se apoya en doctrina jurisprudencial consolidada de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2013, recurso núm. 2134/2012 , y las que en ella se mencionan, que atribuye a la parte afectada la opción entre el trámite de ejecución o la interposición de un nuevo recurso independiente frente a la actuación administrativa llevada a cabo en cumplimiento de una sentencia, y que se pronuncia a favor de la compatibilidad de ambas vías. (sentencia de 16 de diciembre de 2016, recaída en el recurso núm. 479/2014 Audiencia Nacional).

Debe rechazarse pues la causa de inadmisibilidad planteada por la defensa del Estado.

TERCERO: Al ega la recurrente la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, alegación que tampoco puede prosperar pues como ya hemos señalado en algún supuesto análogo, como la SAN de 16 de diciembre de 2016, recurso nº 479/2014 , o la de 23 de abril de 2018, recurso nº 239/2016 .

En síntesis dijimos y reiteramos ahora, que el "dies ad quem" para el cómputo de la caducidad del procedimiento es el de la notificación de la resolución sancionadora y no el de la resolución que es objeto del presente recurso, pues así se infiere del artículo 56.2 de la LDC de 1989 aplicable a este caso.

Aunque el expediente se iniciara el 18 de febrero de 2010, hay que tener en cuenta que la resolución ahora recurrida ha recaído en trámite de ejecución de sentencia, es decir una vez concluido el procedimiento administrativo con la resolución sancionadora inicial. En dichas circunstancias, resultan aplicables las reglas contenidas en los artículos 104 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no las reglas procedimentales invocadas por la recurrente.

Ante la doble vía impugnatoria -ejecución o nuevo recurso contencioso administrativo-, el hecho de que la parte interesada hubiera optado por interponer un recurso contencioso administrativo no implica que, al trámite anterior a la interposición de dicho recurso seguido ante la misma Administración ejecutante, no le resulten aplicables las normas sobre ejecución de sentencia y, por lo tanto, no opere el plazo de caducidad

En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, lo actuado después de notificada la resolución que le puso fin. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la prolongación de trámites posteriores a la notificación de la resolución.

CUARTO : Por lo que respecta a la omisión del trámite de audiencia, en la sentencia de esta Sala a la que hicimos referencia en el fundamento jurídico anterior, también dijimos que para que la omisión de dicho trámite determine la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador, es preciso que la misma haya generado indefensión al afectado, indefensión que ha de ser real y efectiva y no meramente aparental.



Todo ello con invocación de la STS de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm. 7668/1999 y las que la misma cita. Además, la nulidad ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva conforme a constantes pronunciamientos del Tribunal Supremo que, por conocidos, resulta ocioso reiterar aquí.

En el supuesto analizado, la mera invocación del derecho a la audiencia resulta a la vista de la jurisprudencia descrita, insuficiente para determinar la nulidad de pleno derecho que postula la recurrente, pues no puede desconocerse el estrecho ámbito que cabía al pronunciamiento de la CNMC, limitado necesariamente a la ejecución de lo acordado en la sentencia de esta Sala. No puede olvidarse que la actora ya fue oída antes de la imposición de la sanción original, que en lo esencial ha sido mantenida por las sentencias recaídas.

Los datos fácticos a tomar en consideración para cuantificar la sanción, verdadero elemento nuclear de la nueva decisión por imperativo de la sentencia que ejecuta, eran sobradamente conocidos por la actora y sobre los mismos había tenido la ocasión de formular las alegaciones que estimó oportunas.

Estos razonamientos valen sin duda para llegar a la misma conclusión en el caso que ahora enjuiciamos, en el que resulta conveniente hacer dos consideraciones. En primer lugar, que la demandante no ha precisado en qué medida la falta de audiencia le ha generado indefensión. Es decir, qué es lo que podría haber alegado en el trámite omitido que pudiera haber cambiado el sentido de la resolución al punto de que, por impedirse, la Administración hubiera cercenado su derecho a la defensa, cuya invocación queda entonces en una mera alegación genérica, insuficiente, con arreglo a la jurisprudencia citada, para provocar la nulidad del acto.

Y, en segundo término, que al permitirle impugnar mediante un nuevo recurso contencioso administrativo la decisión de la CNMC se aseguran a la entidad afectada todas las garantías inherentes al proceso para combatir una resolución que, de este modo, no se controla solo por el trámite de ejecución.

QUINTO: En relación al motivo principal de fondo esgrimido por la recurrente, esto es, el relativo a la falta de motivación de la resolución impugnada, debemos concluir que el mismo debe ser desestimado.

En el examen de este motivo debe partirse de la base de que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 aceptó plenamente los hechos declarados probados por la resolución inicial de la CNC pues la estimación parcial del recurso se limitó a la fórmula empleada para el cálculo de la multa. En consecuencia, dichos hechos y las evaluaciones que los acompañan son inamovibles y no pueden ser cuestionados en este recurso que se limita a la revisión del método de cálculo de la multa.

La metodología seguida por la CNMC en la resolución recurrida para la imposición de la multa no es impredecible como señala la recurrente, pues la resolución establece unas pautas que son generales para las situaciones del mismo tipo y que aplica al presente caso.

Expuesto este razonamiento es necesario precisar que no existe obligación legal alguna de tomar en consideración todos y cada uno de los parámetros establecidos en el artículo 64 de la LDC, sino solo aquellos que estime necesarios para justificar su resolución, en este caso la duración y la gravedad de la conducta. La resolución ha tomado en consideración las cifras del volumen de negocio total y del mercado afectado de la recurrente, que fueron aportadas por la misma y en cuanto al establecimiento del criterio para calcular la duración, éste fue fijado en la resolución inicial y es por tanto inamovible. y refleja para la recurrente un importe ciertamente más elevado al de la media de las restantes empresas participantes en la conducta prohibida.

El examen de proporcionalidad es realizado por la resolución, tomando en consideración precisamente el carácter de empresa multiproducto de la recurrente y justamente por esa causa rebaja las consecuencias de la aplicación del tipo sancionador del 2,15% y reduce la multa.

Finalmente, en cuanto a la falta de justificación sobre la elección del tipo sancionador del 2,15% y no otro, entendemos que dicha elección corresponde a la CNMC en atención a los elementos tomados en consideración en su resolución, y que no resulta desproporcionado atendiendo a que el máximo posible se sitúa en un 10% del volumen total de negocio del año anterior al de la imposición de la sanción.

En este sentido, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal de Justicia (sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 Treuhand, apartado 68), la Comisión cumple con su obligación de motivación exponiendo los criterios para determinar los elementos en los que se fundamenta la imposición de la multa sin necesidad de exteriorizar los cálculos numéricos en los que justifica su decisión.

En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.



Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO