



Roj: **SAN 2926/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2926**

Id Cendoj: **28079230062018100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **547/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000547 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06225/2016

Demandante: PABASA Y EUROASFALT, S.A.

Procurador: D. JAIME BRIONES MÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 547/2016, promovido por el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y en representación de las mercantiles PABASA y EUROASFALT, contra la resolución dictada en fecha 28 de enero de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0226/10 (Licitaciones de Carreteras) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 (rec. casación 2549/2013) que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 3 de junio de 2013 (rec. nº 603/2011) y, en consecuencia, acordó la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011 dictada en el expediente S/0226/10 en el único



extremo de la determinación de la cuantía de la multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia y, en consecuencia, se anule la Resolución de 28 de enero de 2016 de la CNMC y ordene a la CNMC que en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2015 dicte una nueva resolución en la que se establezcan las siguientes sanciones: 509.998,70 euros a PABASA o subsidiariamente, 640.463,49 euros; y 36.744,48 euros en relación con EUROASFALT.

SEGUNDO. El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. Posteriormente quedaron concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 30 de mayo de 2016 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo las mercantiles PABASA y EUROASFALT impugnan la resolución dictada en fecha 28 de enero de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0226/10 (Licitaciones de Carreteras) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 (rec. casación 2549/2013) que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 3 de junio de 2013 (rec. nº 603/2011) y, en consecuencia, se acuerda la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011 dictada en el expediente S/0226/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 19 de octubre de 2011 resolución, en el expediente S/0226/10 (Licitaciones de Carreteras), en la que acordó:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables (...) EUROPEA DE ASFALTOS, S.A... PAVIMENTOS DE BARCELONA, S.A (...) consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

SEGUNDO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción (...) 100.000 euros a EUROPEA DE ASFALTOS, S.A. (...) 787.650 euros a PAVIMENTOS BARCELONA, S.A. (...)"

b) Dicha resolución se notificó a las mercantiles ahora recurrentes e interpusieron frente a la misma recurso contencioso-administrativo que se desestimó por la Audiencia Nacional mediante sentencia dictada en fecha 3 de junio de 2013 (rec. nº 603/2011). Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación que se estimó parcialmente por el Tribunal Supremo con sentencia de fecha 22 de junio de 2015 y, en consecuencia, se anuló la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011 pero exclusivamente en la cuantificación de la multa y ordenó que se cuantificase la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, realizó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015. Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015, reiterada por numerosas otras posteriores, señaló que la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugnaba la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implicaba en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, y a esta cifra se aplicaba ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se apreciaban, y solo en una tercera fase se ajustaba -cuando proceda- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC, lo que implicaba, según sostenía el Alto Tribunal, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método supusiera atender al artículo 63 de la LDC, que marca

los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Y añadía que las referencias que efectúa el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

c) Y en ejecución de la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015, la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil EUROPEA de ASFALTOS, S.A con multa por importe de 87.486 euros y a la mercantil PAVIMENTOS DE BARCELONA, S.A. con multa por importe de 787.650 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por las recurrentes se cuestiona el importe de la multa así como el método de cuantificación de la misma. Y solicitan la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando así la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

CUARTO.- Corresponde ahora examinar si la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 se ha ajustado a las determinaciones ya referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que constituye la base jurídica de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 22 de junio de 2015 cuando determina la nulidad de la multa impuesta y ordena que se efectúe un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

La CNMC, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje".*

- *"En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".*

- *"Sobre la base de estas premisas, cabe deducir que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de dictarse resolución.*

- *"Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC".*

- *"... la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados (...)"*.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

En cuanto a la motivación insuficiente referida por la recurrente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica *"Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0226/10)"* y *"Criterios particulares relacionados con EUROASFALT y PABASA para la determinación de la sanción"*.

La resolución ahora impugnada destaca que en la resolución anterior de 19 de octubre de 2011 a las empresas infractoras -entre ellas las ahora recurrentes- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2010). Y en este sentido, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2010, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación

marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y es en este punto también explícita la resolución cuando tiene en cuenta los criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2010 -con el límite citado del 10%- Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Y en este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza cada uno de los criterios referidos en el artículo 64.1 de la LDC. Así, respecto del mercado afectado y de sus características se especifica en la resolución impugnada que el mercado afectado por la conducta es el mercado de las licitaciones públicas relativas a la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc) en España. Y se añade que:

"En dicho mercado, como se indica en la Resolución de la CNC, la oferta está constituida por un elevado número de empresas constructoras y de ingeniería civil, que en el año 2007 ascendía a 47.424 y la demanda por el sector público, que gestiona el 98% de la red de carreteras españolas, red que en 2008 comprendía 165.011 Km. Si bien no existe en el expediente referencia concreta a la cuota de las empresas imputadas en el mercado, de la Resolución se puede extraer que el volumen de ventas en el mercado afectado de las empresas participantes en la conducta declarada prohibida era, en 2008, un 17,5% del total de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Pública (Estatal y Autonómica), y en 2009, un 45,6% de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Central."

Asimismo, en la resolución que ahora revisamos se destacan las razones que determinan la gravedad de la conducta imputada así como los efectos negativos que dicha conducta supuso para el sector económico afectado y para los contribuyentes al señalar que:

"Tanto la consideración del objeto de la conducta sancionada -acordar de forma secreta el ganador de la licitación y la oferta económica a presentar- como el procedimiento empleado para llevarla a cabo- que imposibilitaba la participación de cualquier empresa no perteneciente al cártel que hubiera podido presentarse en un procedimiento abierto- justifican que la conducta sea valorada como muy grave.(...) Por tanto, aunque las empresas estaban dispuestas a realizar bajas cercanas al 30%, como consecuencia de los acuerdos la baja se limitó a un 3%, repartiéndose la diferencia o sobreprecio entre los participantes, lo que se tradujo en un perjuicio no solo para la Administración convocante sino también para el conjunto de los ciudadanos. En concreto, pudo acreditarse que el sobreprecio repartido entre las empresas participantes en 8 de las 14 licitaciones ascendió a 14.185.731,06 euros, aunque no fue posible cuantificar el sobreprecio en las restantes 6 licitaciones afectadas por la conducta".

Y en lo referente a la duración de la infracción en relación con EUROASFALT y PABASA se concreta por la CNMC en 13 meses, que se corresponde con todo el año 2009 y un doceavo del año 2008.

Todo lo expuesto hasta ahora -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-.

Por otra parte, el porcentaje que determina el tipo sancionador se ha fijado atendiendo a las circunstancias particulares de las empresas sancionadas como ha sido la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en

el mercado afectado durante la infracción (VNMA) de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

Por ello, tampoco aceptamos que sea desproporcionada la cuantía de la multa impuesta cuando la resolución que revisamos, a la hora de determinar el tipo sancionador dentro del arco antes referido con el máximo del 10%, ha expuesto que:

"... aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción. En el caso de EUROASFALT, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado es solo un 3,8 % del volumen de negocios total de la empresa en 2010, mientras que en el caso de PABASA el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado supone un 61,7% del volumen de negocios total de la empresa en 2010".

Y teniendo en cuenta dichas razones, la CNMC ha considerado que el tipo sancionador que debe determinar la multa de EUROASFALT debe ser el 0,70% de su volumen de negocios total en 2010. Añadiendo, además, la resolución que revisamos que: *"...esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a EUROASFALT por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo".*

Y en relación con la mercantil PABASA la resolución impugnada afirma que el tipo sancionador que debe determinar la multa debe ser el 3,70% de su volumen de negocios total en 2010.

Aplicando la CNMC, en ambos casos la prohibición de la reformatio in peius.

Por tanto, se han aplicado unos tipos sancionadores de 0,70 y del 3,70% que se encuentran muy por debajo de la media del tipo sancionador máximo y, en consecuencia, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con

Sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Y en el caso de las recurrentes, no parece que pueda afirmarse en ningún caso que la utilización de un tipo sancionador del 0,70 y 3,70 % sea desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. Igualmente, una sanción de 87.486 euros no parece que pueda considerarse desproporcionada para un volumen de negocios de EUROASFALT en el mercado afectado por la infracción de 510.340 euros a lo largo de toda la duración de la infracción. Idénticas consideraciones podemos realizar respecto de la mercantil PABASA de tal manera que tampoco entendemos que sea desproporcionada la sanción de 787.650 euros para un volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción de 15.440.990 euros a lo largo de toda la duración de la infracción.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 547/2016, promovido por el procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y en representación de las mercantiles PABASA y EUROASFALT, contra la resolución dictada en fecha 28 de enero de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0226/10 (Licitaciones de Carreteras) en ejecución de



la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 (rec. casación 2549/2013) que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 3 de junio de 2013 (rec. nº 603/2011) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa y ordenando la cuantificación de esta en los términos expuestos en sus fundamentos jurídicos y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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 04/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS