Roj: **SAN 2901/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2901**

Id Cendoj: **28079230062018100319**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **22/06/2018**
Nº de Recurso: **344/2017**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000344 / 2017

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **02814/2017**

Demandante: **MEKANO4 S.A.**

Procurador: **Dª. MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidos de junio de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 344/2017 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **MEKANO4 S.A.** representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada en fecha 3 de noviembre de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia mediante la cual se le impuso una sanción de 951.352 euros de multa en ejecución de lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 2 de octubre de 2015 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. **Dª ANA ISABEL RESA GÓMEZ** , Magistrada de la Sección.

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:

"...se dicte en su día sentencia, por la que se declare contraria a derecho dicha Resolución de Ejecución, declare nula la multa impuesta a Mekano4 y, de acuerdo con los fundamentos expuestos en el cuerpo de este escrito, calcule una nueva sanción con el correspondiente ajuste a la baja, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de ejecución, o subsidiariamente, reenvíe las actuaciones a la CNMC para que calcula una sanción inferior, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de ejecución."

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 con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- So licitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 6 de junio de 2018, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 3 de noviembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0287/10, POSTENSADO Y GEOTECNIA, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"1 -. Por Resolución de 2 de agosto de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acordó entre otras cosas:

" Primero.- Declarar la existencia de conducta colusoria consistente en una infracción única y continuada tipificada en et artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE , por los acuerdos adoptados e implementados por Dywidag Sistemas Constructivos, S.A., Mekano4, S.A., Freyssinet, S.A., VSL-SPAM, S.A., CTT Stronghold, S.A., MEKANO Pretensados y Técnicas Especiales, S.L. y Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L., a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas desde al menos 1996 hasta 2010, que entran en la definición de cártel, tal y como se ha razonado en el FD sexto, y por tanto esta conducta colusoria se califica, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC .

Segundo. - Como autores de esta infracción responden, como responsables de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC : (...)

5.- MEKANO4, S.A. a la que se le impone una sanción de 1.420.000 € (UN MILLÓN CUATROCIENTOS VEINTE MIL EUROS). (...) "

SEGUNDO: Fr ente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el número 423/12, concluyó por sentencia de 14 de julio de 2014 , en cuyo fallo se acordaba estimar en parte el recurso en cuanto a la cuantificación de la multa, que anulaba fijando nuevo importe de 540.116 €.

TERCERO: Con fecha 2 de octubre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, casando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2014 (423/2012) y estimando parcialmente el recurso interpuesto por MEKANO contra la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/10, en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo, no pudiendo superar la cuantía de 1.420.000 euros para así no incurrir en *reformatio in peius.*

La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

"Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEKANO 4, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/10, que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo relativo a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , en los términos fundamentados".

CUARTO: Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a MEKANO, la CNMC parte de los hechos acreditados, que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 2 de agosto de 2012, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia del Tribunal Supremo.

En concreto y respecto de MEKANO fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , consistente en el reparto de mercado de sistemas de postensado a través de los contratos y reuniones entre representantes de las empresas imputadas desde al menos 1996 hasta 2010, acuerdos que entran en la definición de cártel, y por tanto se trata de una conducta colusoria calificada, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC .

En particular, según lo señalado en el FD 6º:

" Me kano4, S.A., es responsable por el reparto de mercado a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado desde, al menos, 1996 hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010; por el reparto de contratos de suministro de barras desde 1999 hasta el 17 de junio de 2010 y por el reparto de mercado a través del reparto de clientes de geotecnia desde 1999 hasta el 30 de octubre de 2009."

Tras explicar la CNMC como fijó la sanción en la resolución inicial, expone como lo ha hecho en la resolución ahora impugnada, siguiendo los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015 , partiendo de la cuantificación del volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo.

A continuación, como veremos, tiene en cuenta los siguientes factores: gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, etc.- 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 la conducta.

Y estas circunstancias, que aparecen no solo recogidas en la resolución impugnada sino también motivadas, son las que la CNMC toma en consideración para obtener el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella. El tipo infractor se aplica sobre el volumen total de ventas de la empresa.

En virtud de todas esas consideraciones se sanciona finalmente a la actora con 951.352 euros, frente a los 1.420.000 euros que le impuso la resolución inicial.

QUINTO: En su demanda, la parte recurrente alega que el volumen de negocios en España en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, representa una proporción muy limitada de su volumen de negocios mundial y que se trata de una empresa multiproducto, por lo que las ventas afectadas por la infracción representan una proporción muy reducida de su volumen de negocios total. Añade que la infracción no tuvo efectos significativos en el mercado, que no ha obtenido beneficios ilícitos como consecuencia de la infracción y que su cuota de mercado individual es reducida

Empezando por el primer motivo, señala la actora que la resolución de ejecución de la CNMC ha incurrido en un error al tomar como referencia para la nueva sanción, las ventas totales mundiales de Mekano en lugar de las ventas en España.

Dice que el artículo 63.1 de la LDC establece que la base sobre la que debe aplicarse el tipo sancionador para obtener la cuantía de la multa consiste en el " *volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa* " y que la Sentencia del Tribunal Supremo que ejecuta la Resolución de Ejecución interpreta este concepto de volumen de negocios total en el siguiente sentido: " *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. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción* ".

Si bien el volumen de negocios de Mekano4 incluye ventas ajenas a los mercados afectados en la infracción, no se pone en duda que el porcentaje de la sanción ha de aplicarse respecto de las ventas totales de Mekano4, con independencia del sector de actividad en el que se hayan generado. Sin embargo, y ahí es donde muestra su disconformidad, interpreta que dicho volumen de negocios total se refiere exclusivamente al volumen de negocios generado en España y para ello cita diversos precedentes.

No obstante dicho argumento no puede ser estimado por lo siguiente:

1.- Porque los precedentes administrativos que cita, que en todos los casos no recogen el criterio que la actora defiende, no vinculan a esta Sala que emite su decisión conforme a la legislación aplicable y al criterio mantenido por el Tribunal Supremo que hace referencia a volumen total sin distinguir si este se ha producido dentro o fuera de España. Es cierto como dice la actora que la Administración debe guiarse en todo momento por los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, cuya consecuencia es que la Administración no debe apartarse de un criterio interpretativo previo, sin mediar motivación alguna al respecto, máxime en materia sancionadora donde el rigor garantista con el administrado cobra especial importancia. Pero también lo es, que tal exigencia de motivación al apartarse de un precedente anterior y similar lo es en vía administrativa pero no opera en sede jurisdiccional.

2.- Los precedentes que se citan, se refieren a otros expedientes sancionadores, cuyas circunstancias pueden variar teniendo en cuenta lo alegado en los respectivos recursos, lo resuelto en sentencia y lo que se ejecute. Debe destacarse que en los recursos que se tramitan en esta Sala relativos al mismo expediente sancionador, VS/0287/10, el criterio de la CNMC es el mismo, volumen de negocios total de la empresa, por lo que ningún tratamiento desigual debe predicarse, cuando el criterio tomada en consideración para la ejecución de las sentencias recaídas, ha sido el mismo para todas las empresas intervinientes en el cártel.

3.- Porque no puede olvidarse que estamos en un trámite de ejecución de sentencia, aun cuando se haya tramitado como un procedimiento o recurso independiente, donde no cabe plantear al hilo de la estricta ejecución cuestiones que desbordan de dicha previsión, que no fueron tratadas, discutidas o resueltas en el pleito. Efectivamente esta Sala ya en sentencia y a la hora de fijar la sanción tuvo en cuenta no el volumen total de la empresa sino el volumen en el mercado afectado que es el que coincidía con el que la actora desarrolló en territorio español, pero tal pronunciamiento fue casado por el Tribunal Supremo que consideró que el volumen no era el afectado sino el total. Entonces no se discutió, -por lo que ahora tampoco puede analizarse tal alegación-, si este volumen debía ser el de las operaciones que la actora realizó dentro o fuera de España. El Tribunal Supremo recalca, sin mayores disquisiciones, que debe referirse al volumen total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sin diferenciar dentro o fuera del territorio nacional.

4.- Pero es que aún hay más y es que cuando la CNMC procede a ejecutar la sentencia del TS anteriormente referida y requiere a la empresa actora para que aporte su volumen de operaciones, está acompaña y no discrimina según obra en el expediente, el importe total de operaciones, que comprende tanto las realizadas en España como fuera.

Por todo lo expuesto procede desestimar el presente motivo.

SEXTO: Y respecto de las demás cuestiones planteadas que se centran básicamente en que la CNMC ha errado al determinar el nuevo porcentaje sancionador conforme a la interpretación que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo de los artículos 63 y 64 LDC , pues omite en su análisis de la cuantificación de la sanción, elementos fundamentales para su graduación que no resultan controvertidos a la luz de la documentación de los autos y que, de haber sido tenidos en cuenta, hubieran debido resultar en un porcentaje sancionador inferior, igual suerte desestimatoria deben correr.

Pues bien, la resolución recurrida, sobre la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC , explica que:

-La infracción que acredita la Resolución de 2 de agosto de 2012 (y confirman los Tribunales), de la que es responsable, entre otras, la actora es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

-Teniéndose en consideración su facturación relativa al año 2011, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC , de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 2 de agosto de 2012 (S/0287/10), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

MEKANO, es responsable del reparto de contratos en el ámbito de postensado desde 1996 hasta el 17 de junio de 2010; del reparto de contratos de suministro de barras desde 1999 hasta el 17 de junio de 2010 y del reparto de mercado a través del reparto de clientes de geotecnia desde 1999 hasta el 30 de octubre de 2009. La participación de MEKANO en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado conjuntamente por la infracción, fue de un 16,8%.

-En el caso de MEKANO se ha considerado como factor atenuante su colaboración en la fase de instrucción, al aportar una prueba que permitió concretar la duración del cártel y situar su comienzo al menos desde 1996.

-De los mercados afectados por la conducta de MEKANO, la resolución original contiene datos sobre la cuota de mercado de las empresas imputadas en dos de ellos: el mercado de sistemas de postensado y el mercado de sistemas de geotecnia en España. En estos mercados, como se indica en la Resolución de la CNC, las empresas imputadas en su conjunto ostentaban más del 80% del mercado, por lo que respecta al mercado de postensado, y más del 70% en el ámbito de la geotecnia.

- De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 7,2% del volumen de negocios total de MEKANO4 en 2011. Sin embargo, teniendo en cuenta el atenuante mencionado anteriormente, se ha visto necesario reducir ese tipo hasta el 6,7% del volumen de negocios total de la empresa en 2011, lo que supone una sanción de 951.352 euros. Esta multa está lejos de ser desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la infracción de acuerdo con los datos mostrados anteriormente y es, en todo caso, inferior a la sanción original.

Entendemos que la explicación que la CNMC ofrece en el cálculo de la nueva sanción tomando en consideración los criterios fijados por el Tribunal Supremo, en la sentencia de fecha 29 de enero de 2015 , es suficiente y como quiera que la sanción finalmente impuesta es inferior a la de la resolución original, no incide en reformatio in peius.

SÉPTIMO: Y ya para terminar y en relación a la cuestión de la indebida motivación de la justificación del importe de la multa, debemos atender a lo que señala el TJUE en la sentencia correspondiente al asunto C-194/14 (ACTr euhand AG) cuando afirma que *"En la medida en que ACTr euhand recrimina al Tribunal General haber considerado erróneamente que la Comisión había motivado suficientemente su decisión en lo que respecta a los criterios adoptados para fijar las multas impuestas, ha de señalarse que, 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, C29 5/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)"*.

OCTAVO : Por tanto consideramos que la resolución impugnada, en la determinación de la nueva sanción ha aplicado correctamente los criterios que el TS establecidos en su sentencia de 29 de enero de 2015 , no habiéndose vulnerado ninguno de los principios que la actora denuncia, como se ha expuesto, lo que nos lleva a desestimar el recurso interpuesto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **MEKANO4,S.A.** , contra la resolución de 3 de noviembre de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 951.352 euros de multa en ejecución de lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 2015 , declarando que la citada resolución es conforme a derecho. 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 03/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ