



Roj: **SAN 2180/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2180**

Id Cendoj: **28079230062018100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **453/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000453 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05358/2016

Demandante: PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.

Procurador: D^a. GLORIA TERESA ROBLEDOS MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

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 cinco 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. 453/2016, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. GLORIA TERESA ROBLEDOS MACHUCA, en nombre y en representación de **PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.**, contra la Resolución de ejecución de Sentencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de fecha 7 de julio de 2016 por la que se resuelve imponer a Probisa una multa de 910.720 Euros, en sustitución de la multa de 954.200 Euros impuesta mediante una anterior resolución de fecha 19 de Octubre de 2011.

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 por la que se declare:

1. Dicte resolución por la que declare que la Resolución recurrida no es conforme a Derecho, declarando la nulidad de la misma por resultar contraria a la STS de 15 de febrero de 2016 , a los artículos 63 y 64 de la LDC y a la jurisprudencia que los desarrollan, en particular la STS de 29 de enero de 2015 , ordenando a la CNMC que adopte una nueva Resolución en la que cuantifique la sanción pecuniaria a imponer a mi representada conforme a los criterios establecidos en los artículos 63 y 64 de la LDC y las exigencias derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad, en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la presente demanda.

2. En todo caso, ordene la devolución del aval bancario exigido a mi representada como garantía para la suspensión cautelar de la multa de 910.720 Euros impuesta por la Resolución recurrida y decretada mediante Auto de 30 de noviembre de 2016, declarando el derecho de mi representada a la devolución de los gastos derivados de su constitución y mantenimiento y de los intereses correspondiente y ordenando a la Administración a su abono.

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

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 30 de Mayo, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de ejecución de Sentencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de fecha 7 de julio de 2016 por la que se resuelve imponer a Probisa una multa de 910.720 Euros, en sustitución de la multa de 954.200 Euros impuesta mediante una anterior resolución de fecha 19 de Octubre de 2011.

Los argumentos expuestos por la parte recurrente para justificar la estimación de sus pretensiones se basan en lo siguiente:

- Falta de motivación en la determinación del importe de la sanción. Vulneración del derecho a la defensa ocasionando indefensión.

- Vulneración del principio de proporcionalidad.

- Que no ha atendido a que PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. es una empresa multiproducto y que tiene diversas actividades con ventas diversificadas en ámbitos de actividad diferentes. Entiende que si el 97% de la actividad de la recurrente se refiere a otros mercados (como reconoce la propia resolución) el importe de la multa no está correctamente calculado. Está en desacuerdo con el concepto de "beneficio lícito potencial" empleado por la resolución.

SEGUNDO. - La adecuada resolución de la cuestión que se somete a la consideración de esa Sala exige partir del siguiente relato de hechos:

- Mediante resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de Octubre de 2011 se acordó imponer a la ahora recurrente una multa por importe de 954.000 euros por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 por la coordinación de las diversas empresas sancionadas para alterar el resultado de las licitaciones públicas en la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas en particular en las bajas presentadas a dichas licitaciones.

- Dicha resolución fue impugnada ante esta Sala que dictó sentencia en el recurso 687/2011 por la que se acordaba "DESESTIMAR el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L., PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L. Y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L., contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho en cuanto a los extremos impugnatorios analizados".



- Dicha sentencia fue objeto de recurso de casación que se tramitó bajo el número 3853/2013 en el que se dictó sentencia de fecha 15 de Febrero de 2016 cuyo fallo, literalmente, decía:

o "Primero.- Declarar la inadmisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 687/2011 , en lo que concierne a las sanciones impuestas a las mercantiles TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (TRABIT) y OVISA, PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.

o Segundo.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil PROBISA, TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 687/2011 , que casamos.

o Tercero.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil PROBISA, TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/10, licitaciones de carreteras, que le impuso la sanción de 954.200 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , que anulamos por ser disconforme a Derecho, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y 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.

- En ejecución de la sentencia dictada en aquel recurso, se dictó la resolución que ahora es objeto del presente recurso contencioso administrativo por la que se impone a la recurrente una multa por importe de 910.000 euros.

TERCERO.- La sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo recogió el siguiente razonamiento para justificar el importe de la estimación parcial del recurso

"El octavo motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia , en que se cuestiona el fallo de instancia por haber ignorado los criterios de graduación de las sanciones establecidas en dicha disposición legal y, por ende, el principio de proporcionalidad, debe ser estimado, en aplicación del principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RC 82872/2013) y 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013) , en las que dijimos: (transcribe las sentencias en cuestión)

(...)

Y de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, procede estimar parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil PROBISA, TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/10, licitaciones de carreteras, que le impuso la sanción de 954.200 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , que anulamos por ser disconforme a Derecho, en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a que cuantifique la sanción atendiendo a los criterios legales de graduación, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

Esta declaración se atempera en los siguientes términos:

A) Por un lado, debe atenderse a la precisión de que en el presente caso la sanción se impone en resolución de 19 de octubre de 2011, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010.

B) Por otro lado, el cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 , y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales 101 y 102 del TFUE)".

CUARTO.- No puede admitirse como motivo de la nulidad pretendida la falta de motivación y ello pues basta una simple lectura de la resolución dictada en ejecución de la sentencia para entender el razonamiento que ha llevado a la CNMC a fijar una sanción por importe muy poco inferior a la que fue inicialmente impuesta. A esos criterios nos referiremos seguidamente.

Por esta razón, tampoco puede admitirse el criterio de la falta de proporcionalidad: basta una detallada lectura de la resolución para entender cuáles son los cálculos efectuados por la CNMC para obtener la nueva cifra



de la sanción. A ellos nos referiremos en el Fundamento Jurídico siguiente para entender suficientemente acreditado el nuevo importe fijado en cuanto a la multa a imponer a la ahora recurrente.

QUINTO.- La resolución ahora recurrida, justifica la imposición de la sanción en los siguientes razonamientos:

- Parte del volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción que se eleva a 5.193.500 euros.
- La duración de la infracción es de 18 meses que se corresponden con mitad de 2008 y todo 2009.
- Toma en consideración el número de licitaciones en las que participó la empresa; consta acreditado que fueron ocho.
- El volumen de negocio en el mercado afectado es un 3% del volumen de negocio total de la empresa en 2010 por lo que resulta acreditado que se trata de una empresa con una amplia actividad en mercados distintos a los afectados por la infracción.
- Sobre esta base, y para valorar la proporcionalidad, entiende que la multa debe ascender a un 0,8% del volumen de negocios total en 2010 (113.840.000 euros) lo que supone que se le impone una sanción de 910.720 euros

SEXTO.- Es cierto que en la resolución que ahora se impugna, se toma en consideración el volumen de negocios total del ejercicio 2010 (113.840.000 euros) cuando la propia resolución admite que el volumen de negocios del mercado afectado es del 3% del volumen de negocios total de la empresa (ya la recurrente afirmaba ser una empresa de multiproducto). Esto no puede ser suficiente para la estimación del recurso y ello pues obrar de ese modo es el único posible para lograr un efecto disuasorio en la fijación del importe de la multa.

Es necesario atender al volumen total de negocio de la empresa que debe hacer frente al importe de la sanción como elemento de cálculo inicial, independientemente de su porcentaje de participación en la conducta sancionada, para que la multa atienda a la importancia que vaya tener la multa respecto al volumen total de la empresa pues de no ser así en las empresas multiproducto (fuera cual fuera su participación en el cartel) la sanción sería menor que aquellas que tienen una única actividad o un único producto.

Aunque la parte recurrente considera que no se justifica debidamente, la determinación del porcentaje del 0,80% del volumen de negocios total para 2010. La explicación sobre este cálculo, que se denomina "muy prudente" debe considerarse suficiente puesto que se encuentra dentro del margen de apreciación que puede determinar la resolución dictada por la CNMC y no hay razón con apoyo legal que justifique la modificación de dicha cantidad.

Basta con comparar dicho porcentaje con el aplicado a otras empresas del mismo cartel para comprobar cómo se ha valorado por la resolución recurrida tanto el volumen de negocio de la empresa sancionada como su porcentaje de participación en la actividad general de la misma.

SÉPTIMO. - 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 desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. GLORIA TERESA ROBLEDOS MACHUCA, en nombre y en representación de **PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.** contra, resolución la Resolución de ejecución de Sentencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de fecha 7 de julio de 2016 por la que se resuelve imponer a Probisa una multa de 910.720 Euros, en sustitución de la multa de 954.200 Euros impuesta mediante una anterior resolución de fecha 19 de Octubre de 2011; resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

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 07/06/2018 doy fe.