



Roj: **SAN 2555/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2555**

Id Cendoj: **28079230062021100245**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/06/2021**

Nº de Recurso: **456/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000456 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04636/2018

**Demandante:** VIDAL FERRERO SL.

**Procurador:** D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a tres de junio de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **456/2018**, promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de la mercantil **VIDAL FERRERO SL.**, contra la resolución de 17 de mayo de 2018 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0192/12 ASFALTOS en ejecución de la sentencia firme dictada en 16 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 479/2014 ) que acuerda estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC de 25 de septiembre de 2014, en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida 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, en cuya virtud:

*"Primero. Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 17 de mayo de 2018 en su integridad.*

*Segundo. Con carácter subsidiario respecto de la pretensión anterior, anule el apartado único de la parte dispositiva de dicha resolución en lo que tiene que ver con la cuantificación de la sanción, y ordene a la CNMC que proceda a calcular la sanción nuevamente de modo conforme a Derecho.*

*Tercero. En cualquiera de los casos anteriores, condene en costas a la CNMC"*

**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.-** Por Auto de 17 de diciembre de 2018 se acordó que, **sin** necesidad de abrir el periodo probatorio, se tienen por reproducidos los documentos del expediente administrativo así como todos los documentos que se aportan junto con la demanda, confiriéndose traslado sucesivo a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron los autos pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 2 de junio de 2021, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña M<sup>a</sup> Jesús Vegas Torres.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil VIDAL FERRERO SL impugna la resolución dictada en fecha 17 de mayo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0192/09 ASFALTOS por la cual se le impuso la sanción de multa por importe de 208.042,20 euros de multa en ejecución de la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 479/2014 ) que acuerda estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC de 25 de septiembre de 2014, en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa, acordando la nulidad de la sanción impuesta y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción de multa conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2015, entre otras.

**SEGUNDO.-** Disconforme con la resolución recurrida, la representación procesal de la mercantil recurrente opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

- i. Vulneración del derecho de defensa del artículo 24 de la CE y del deber de motivación del artículo 35 de la LPAC: la ausencia de motivación en la determinación de importe de la sanción.
- ii. Infracción del artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("LRJSP"; anteriormente, artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) derivada de la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción impuesta a Vidal Ferrero, teniendo en cuenta el carácter de empresa multiproducto de la recurrente.
- iii. Infracción del artículo 14 de la Constitución Española ("CE") derivada de la vulneración del principio de igualdad de trato en la determinación de la sanción impuesta a Vidal Ferrero.

**TERCERO.-** Esta Sección anticipa la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

Conviene aclarar que el examen del presente proceso debe efectuarse partiendo de la sentencia firme dictada por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 16 de diciembre de 2016 (recurso nº 479/2014) por cuanto la resolución administrativa ahora examinada se ha limitado a su ejecución en el único y exclusivo punto en que se estimó el recurso contencioso administrativo. Y ello fue únicamente en relación con el proceso de determinación del importe de la sanción de multa.

La referida sentencia sigue la doctrina fijada en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 29 de enero de 2015 en cuanto que se cuestionó exclusivamente la utilización de la Comunicación de Multas de la CNC de 2009 en el cálculo de la multa y se ordenó el recálculo del importe de la multa según la interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC realizada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015.



De tal manera que, lo único que ahora debemos revisar es si la metodología utilizada por la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que sigue la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que supuso la base jurídica de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en cuanto determinó la nulidad de la multa impuesta y ordenó a la CNMC a que efectuara un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

Y en este sentido constan en el apartado 3.2 de la resolución impugnada los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología que debe aplicarse para el cálculo de las sanciones en materia de competencia; y, en el apartado 3.3, se realiza el recálculo utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Por ello, esta Sala considera que en la Resolución impugnada se han especificado cuáles han sido los criterios que se han tenido en cuenta para la determinación del nuevo importe de la sanción de multa; criterios que son los que están regulados en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) -como así exigía la sentencia de la Audiencia Nacional que se ejecuta- y de la conjunción de todos esos criterios la CNMC ha fijado un tipo sancionador que será el que se aplique luego sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Entiende la Sala, por tanto, que la CNMC ha seguido los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar con falta de motivación o incurrir en desproporcionalidad.

Como hemos señalado anteriormente, la recurrente apoya su defensa refiriendo que desconoce las razones que han llevado a la CNMC a determinar el importe de la multa ahora recurrida.

Pues bien, las cuestiones planteadas en el presente recurso han sido resueltas por la Sala en su Sentencia 245/2020, de 7 de septiembre, dictada en el procedimiento Ordinario tramitado con el nº 421/2018, a instancias de CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. (COLLOSA), contra la Resolución ahora recurrida, cuyos fundamentos de Derecho, transcribimos a continuación, poniéndolos en relación con la empresa ahora recurrente:

No compartimos la alegación referida por la recurrente sobre motivación insuficiente, porque es lo cierto que la CNMC ha especificado en la resolución impugnada los distintos motivos que le han llevado a aplicar un determinado tipo sancionador tal como se recoge en la propia resolución bajo la rúbrica *"Criterios para la determinación de la sanción de AGLOMERADOS LEON, ASFALTOS VIDAL y COLLOSA basados en los hechos acreditados de la resolución original"*.

En este sentido, la resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 25 de septiembre de 2014, y que ha confirmado la Audiencia Nacional, a las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podían 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 esta línea, 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 acogida por la sentencia dictada por la Audiencia Nacional dictada en fecha 16 de diciembre de 2016 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos

Y todo ello -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.

Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recálculo, y hacen referencia a la aplicación de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta en la determinación del importe de la multa de acuerdo con el artículo 64.1 de la LDC. Y han sido:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): *"Las infractoras en este expediente acordaron y ejecutaron un reparto del mercado para la provisión de mezclas bituminosas en caliente (MBC) y productos relacionados en la provincia de León.(...) En particular, los acuerdos de reparto se llevaban a cabo*

mediante distintas actuaciones: el establecimiento de cupos en toneladas de producción de MBC, el intercambio de información sensible sobre obras y clientes, el establecimiento de las tarifas base para los productos y servicios necesarios para la realización del asfaltado, el reparto de las obras a ejecutar atendiendo los cupos de cada una de ellas, y finalmente el control sobre las plantas de asfalto del área de influencia de cada empresa. Queda acreditado en el expediente de vigilancia realizadas por los infractores para garantizar el cumplimiento de los acuerdos a través de la verificación por los compradores del cumplimiento en un 65% del reparto de la Mesa de León. En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la infracción se refiere a un producto intermedio, las MBC, que son demandadas fundamentalmente por las empresas dedicadas a la construcción de obra pública y más concretamente a la ejecución de obras de carretera y urbanización, por lo que nos encontramos ante dos tipos de clientes. Clientes ocasionales y grandes clientes, a través de licitaciones públicas o privadas o a través de subcontratos. Por tanto, las conductas podrían haber tenido un efecto sobre el mercado encareciendo los precios y sobre los consumidores, bien como adquirentes de los servicios en obra privada, pero sobre todo como contribuyentes (art. 64.1.e)."

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c): "El mercado geográfico del asfalto o mezclas bituminosas en caliente queda restringido geográficamente a la provincia de León".

Además, para la valoración individual de la conducta de las tres entidades la resolución tiene en cuenta factores adicionales para que la sanción sea proporcionada a su efectiva participación en la infracción. Así, en cuanto a la efectiva dimensión del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a), la resolución recurrida recoge el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado (VNMA) durante los meses que duró la infracción y, a los efectos de la individualización de las sanciones, muestra la cuota de participación de cada empresa en el VNMA total, teniendo en cuenta todas las empresas infractoras, y no sólo las que son objeto de esta resolución de recálculo, que en el caso de Vidal Ferrero es de un 0,29%, dejando constancia de que las tres empresas objeto de recálculo tienen unas cuotas muy reducidas en el VNMA total de la infracción, en los tres casos por debajo del 1%.

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d): "En lo referente a la duración del cártel de León, tal y como queda determinado en la Sentencia de la Audiencia Nacional, abarca desde febrero de 2007 a mayo de 2008".

Por tanto, no podemos sostener, como así hace la recurrente, que la resolución carece de motivación por cuanto si se explicitan los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar luego cuál va a 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%- que, en relación, con la mercantil recurrente VIDAL FERRERO SL. Según datos procedente del Registro Mercantil fue de 7.250.565 euros. 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 concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Por ello no compartimos la alegación de la recurrente cuando refiere la falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, que en su caso ha sido 4%, pues 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)."

Por otra parte, tampoco admitimos la alegación de que en la determinación del importe de la multa se ha vulnerado el principio de proporcionalidad. Y ello porque la CNMC en la resolución impugnada considera que el tipo sancionador del 4% aplicado a la recurrente, en relación con el volumen de negocios total de la misma obtenidos en el año 2010, le hubiera supuesto una multa por importe de 290.023 euros, que es superior a la que finalmente se le ha impuesto que ha sido de 208.042 euros. Y ello porque la resolución de la CNMC que ahora revisamos consideró que era oportuno "realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes". Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante y que cuando resulta posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las



propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los Ratios sectoriales de empresas no financieras publicadas por el Banco de España.

Y en esa estimación la CNMC entendió que, en el caso de la recurrente, la multa derivada del tipo sancionador total se encuentra por debajo del valor de referencia de proporcionalidad estimado para estas empresas, por lo que no procede realizar ningún ajuste en el importe de la sanción mostrado en la tabla anterior. Y la CNMC alcanza esa conclusión atendiendo a diversos parámetros económicos tales como margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Datos que, según refiere la CNMC, se han obtenido de las propias empresas o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como son los Ratio sectoriales de empresas no financieras publicadas por el Banco de España. Datos que la recurrente no ha cuestionado.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo. Por tanto, 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 en la sentencia de 29 de enero de 2015 que constituye la base de la sentencia de la Audiencia Nacional dictada en fecha 12 de enero de 2017 que ejecuta la resolución de la CNMC que ahora revisamos.

Por último, tampoco podemos acoger la alegación de que se ha vulnerado el principio de igualdad por cuanto no existe término de comparación idóneo dado que no existe homogeneidad en relación con otras empresas sancionadas por la CNMC en otros expedientes sancionadores en los que debe atenderse a circunstancias particulares que difícilmente pueden ser comparativas en términos de igualdad con la situación de la recurrente. En este mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 16 de junio de 2011 en el Asunto T-240/07 Heineken Nederland.

**CUARTO.-** 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

1. DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de la mercantil **VIDAL FERRERO SL.**, contra la resolución de 17 de mayo de 2018 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0192/12 ASFALTOS en ejecución de la sentencia firme dictada en 16 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 479/2014), que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC de 25 de septiembre de 2014, en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.
2. Y, en consecuencia, se confirma la resolución administrativa impugnada al ser ajustada a derecho.
3. Se imponen a la 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, debiendo 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.