



Roj: **SAN 2323/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2323**

Id Cendoj: **28079230062022100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/05/2022**

Nº de Recurso: **39/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000039 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 394/2018

Demandante: ARRUTI SANTANDER, S.A.

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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 veinte de mayo de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 39/18 promovido por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de **ARRUTI SANTANDER, S.A.**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2017 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0329/11 *ASFALTOS DE CANTABRIA* mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 870.697 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia. 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 oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte en su día sentencia por la que "... se declare la nulidad o acuerde la anulación total o parcial de la resolución del Consejo de la CNMC, de 16 de noviembre de 2017 recaída en el expediente VS/0329/11 Asfaltos de Cantabria empresas SENOR, ARRUTI y ASCAN...", con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 4 de mayo de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 7 de noviembre de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 870.697 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente VS/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA, era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO.- Imponer, en ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2013 (Expte. S/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA), las siguientes multas a las siguientes empresas:

- ARRUTI SANTANDER, S.A., 870.697 euros.

(...)"

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1 -. Con fecha 8 de marzo de 2013 el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA por la cual se acordaba lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC, desde 1998 a 2011, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho SEXTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas: (...), ARRUTI SANTANDER, S.A. (...), ASCAN Empresa Constructora y de Gestión (...) Servicios y Obras del Norte, S.A. (SENOR); (...) GRUPO SADISA S.L.; GRUPO JESPAB, S.A. (...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

(...)

ARRUTI SANTANDER, S.A., 1.459.160 € (un millón cuatrocientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta Euros) .

(...)

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso administrativo que, seguido ante esta Sección bajo el número 158/2013, concluyó por sentencia de 24 de junio de 2014 mediante la cual se acordó, con estimación parcial del recurso, anular la resolución recurrida en cuanto a la fijación de la cuantía de la multa y requerir a la CNMC a fin de que dictase otra que atendiera a los criterios fijados en su fundamentación jurídica.

3.- Contra esta sentencia presentaron tanto la entidad sancionada como el Abogado del Estado recurso de casación -número 2748/2014-, que fue resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017 en la cual se resolvió:

"Pr imero.- ESTIMAR el recurso de casación número 2748/2014, interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de junio de 2014, en el recurso número 158/2013 que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión "volumen de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia .

Segundo.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por ARRUTI SANTANDER SA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de junio de 2014, en el recurso número 158/2013 .

Tercero.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo 158//2013 interpuesto por la representación procesal de «Arruti Santander SA» contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013, que anulamos en lo 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 fijados en esta sentencia.

Cuarto.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en casación".

4.- En ejecución de dicha sentencia, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó con fecha 7 de noviembre de 2017 la resolución contra la cual presentó la interesada el recurso contencioso-administrativo con el que se inició este proceso.

SEGUNDO.- En su demanda, cuestiona la recurrente la suficiencia de la motivación de la resolución impugnada y critica que la resolución fije un tipo sancionador aplicable a ARRUTI del 6% sin justificación alguna, denunciando que *"... no ha tenido acceso a los datos que la CNMV ha utilizado para calcular el total del volumen de negocio en el mercado afectado teniendo en cuenta todas las empresas infractoras, lo que le ha generado indefensión al no haber podido verificar si el total refleja correctamente o no los datos de facturación de las empresas infractoras en el mercado realmente afectado por la infracción, esto es, el mercado de las licitaciones públicas y privadas para el asfaltado de conservación, mejora, refuerzos, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías etcétera) que se realizan en la comunidad autónoma de Cantabria".*

Pone de manifiesto que la multa impuesta resulta desproporcionada y vulnera los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, además de que se ha considerado para su cuantificación un volumen de negocio que no se correspondería con el mercado afectado por la infracción.

Y entiende que al fijar el importe de la multa se ha vulnerado el artículo 63.1.c) y con ello el principio de legalidad de las sanciones toda vez que para cuantificarla no se parte del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, que sería en este caso el 2016, como exige dicho precepto, sino que tiene en cuenta el de 2012.

TERCERO.- Frente a tales argumentos, ha de decirse ya en primer término que, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, la resolución parte de los criterios interpretativos que, acerca de esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona precisamente la 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". Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."

- "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".

A continuación, deduce 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 anterior al de dictarse

resolución (esto es, 2012), y que, dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

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.

CUARTO.- En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto, bajo la rúbrica *Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados*, los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción.

En efecto, se indica que el porcentaje sancionador debe determinarse sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, y precisa que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicha infracción habría en el reparto de mercado y la fijación de precios de las obras licitadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria mediante acuerdos bilaterales del conjunto de empresas imputadas para acudir a las convocatorias de contratos menores o negociados de las distintas Administraciones Públicas cántabras, así como a través de la distribución de las obras licitadas, públicas y privadas y la provisión de mezclas bituminosas calientes entre las cinco empresas que forman el grupo denominado G5. En concreto, y respecto de ARRUTI, se le atribuye la presentación de ofertas en el año 2002 y cada año hasta 2010, declarando su responsabilidad en la comisión de la infracción tanto por formar parte del G5 como por las medidas de acompañamiento, y ello desde julio de 2002 y hasta abril de 2011.

Señala que la cuota de participación de ARRUTI en el mercado afectado alcanzaría un porcentaje del 12,5%.

Por otra parte, y antes de determinar el tipo sancionador que corresponde a la empresa actora, la resolución recurrida relaciona los factores que han incidido en su fijación, y así se refiere a:

- La duración en el tiempo del cártel, que abarcaría desde 1998 hasta 2011, fecha en la que se realizó la inspección, individualizando el período de participación de la recurrente.
- Los efectos de la infracción sobre el mercado, los consumidores o usuarios y sobre otros operadores económicos, refiriéndose aquí a la distorsión producida en el mercado de contratación de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas, en carreteras, autovías, etc., mediante el reparto en las licitaciones de las mismas y, particularmente, en las licitaciones públicas, ya fueran por procedimiento abierto, pero sobre todo en el caso de los procedimientos negociados, de forma, dice la CNMC, que anulaban toda posible competencia entre ellos a la hora de ofertar a las obras públicas de pavimentación, viales, etc., licitadas por las distintas Administraciones Públicas en Cantabria. Precisa que se trataba de un cártel cuyo efecto principal era propiciar que los precios ofertados se mantuvieran más elevados de lo que estarían en ofertas competitivas, y destaca que esta conducta afectó a más de 900 obras con unos efectos restrictivos que califica de cuantiosos, y un notable encarecimiento de los precios finales de adjudicación, especialmente de obra pública, con la consiguiente incidencia sobre todos los contribuyentes.
- El beneficio ilícito, en la medida en que los participantes en el cártel habrían obtenido unos ingresos superiores de los que podrían haber conseguido en libre competencia.

Advierte, por otra parte, que no concurren agravantes ni atenuantes, y alude al necesario efecto disuasorio de la sanción, por lo que puede decirse que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la reducida cuota en el mercado relevante- son las que han llevado a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 6%. Dicho porcentaje, aplicado sobre el volumen de negocios total de ARRUTI en 2012 -14.511.623 euros- arroja un importe de 870.697 euros, que no resultaría en absoluto desproporcionado.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste ARRTI en su demanda.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, *"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo*

de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, 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 tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la demandante, cuya referencia a las multas impuestas a otras entidades, o a lo actuado por la misma CNMC en otros supuestos posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, no tienen más valor que el de su particular criterio, pues no se justifica de ningún modo -de hecho, ni siquiera se solicitó el recibimiento del pleito a prueba- que las situaciones fueran comparables al punto de poder apreciar el pretendido trato desigual.

Finalmente, no compartimos la interpretación de la recurrente que denuncia la vulneración del artículo 63.1.c) de la LDC y, con ello, del principio de legalidad de las sanciones, y que sustenta en que la multa ha debido fijarse tomando como referencia el volumen de negocios de la empresa en 2015, ejercicio inmediatamente anterior al dictado de la resolución que recurre aquí, y no el de 2012.

Recordemos que, con arreglo al citado precepto, "Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente ley las siguientes sanciones, para cada una de las infracciones declaradas: (...) c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Pues bien, la multa fue impuesta mediante la resolución de 7 de noviembre de 2017, parcialmente anulada por la sentencia de esta Sección de fecha de 24 de junio de 2014 (recurso núm. 158/2013) en lo relativo a la cuantificación de la multa.

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017, recurso núm. 2748/2014, acordó en su fallo, y como hemos visto antes, lo siguiente: "P rimero.- ESTIMAR el recurso de casación número 2748/2014, interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de junio de 2014, en el recurso número 158/2013 que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión "volumen de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia .

(...)

Tercero.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo 158//2013 interpuesto por la representación procesal de «Arruti Santander SA» contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013, que anulamos en lo 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 fijados en esta sentencia".

Es decir, el Tribunal Supremo anula la resolución que impuso la sanción tan solo en lo relativo a la determinación de su importe, y lo que ordena a la CNMC no es que imponga una nueva sanción, sino que cuantifique la multa conforme a los preceptos que cita y a los criterios reflejados en la propia sentencia.

De este modo, al tomar en consideración el volumen de negocios del ejercicio 2012, la CNMC ejecuta en sus propios términos la sentencia dando cumplimiento estricto a lo dispuesto en el artículo 63.1.c) de la LDC, por lo que este motivo debe ser igualmente rechazado.

QUINTO.- Procede, en atención a lo expuesto, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas de esta instancia a la entidad actora en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de **ARRUTI SANTANDER, S.A.**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2017 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0329/11 *ASFALTOS DE CANTABRIA* mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 870.697 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que se declara ajustada a Derecho.

Con expresa im posición de costas a la parte actora.

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.