Roj: **SAN 3114/2022** - **ECLI:ES:AN:2022:3114**

Id Cendoj: **28079230062022100376**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **28/06/2022**
Nº de Recurso: **38/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**
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: 0000038 /2018

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **376/2018**

Demandante: **ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. Y DE GRUPO EMPRESARIAL SADISA S.L.**

Procurador: **D. RAFAEL GAMARRA MEGÍAS**

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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 veintiocho de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 38/18 promovido por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías en nombre y representación de **ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. Y DE GRUPO EMPRESARIAL SADISA S.L.,** contra la resolución de 16 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 2.292.240 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 *"... declare la nulidad de dicha resolución y de la sanción de 2.292.240 euros impuesta a ASCAN y SODISA solidariamente...*

Subsidiariamente, que se reduzca la sanción impuesta a ASCAN y a SADISA a la cantidad resultante de aplicar al volumen de negocios correspondiente al año 2012 los criterios de proporcionalidad contenidos en el artículo 64.1º de la LDC ., conforme a lo ordenado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, minorándola hasta 200.000 euros por aplicación de los criterios legales ".

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 22 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 16 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 2.292.240 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:

"ÚN ICO.- 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:

- ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO SADISA, S.L, 2.292.240 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:

(...)

ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A., 2.292.240 (dos millones doscientas noventa y dos mil doscientos cuarenta euros) de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L.

(...)

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 198/2013, concluyó por sentencia de 15 de julio 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 las entidades sancionadas como el Abogado del Estado recurso de casación -número 3259/2014-, que fue resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015, en la cual se resolvió:

"Primero.- Ha lugar al recurso de casación 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 15 de julio de 2014 , 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.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. (ASCAN) y GRUPO SADISA, S.L., 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 que cuantifique la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , en los términos fijados en esta sentencia".

Entre otros pronunciamientos, la Sentencia del Tribunal Supremo señala que *"los órganos de la Administración sancionadora han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados. Asimismo, explica que las multas deben respetar el principio de proporcionalidad para la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora de acuerdo con los criterios que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 ".*

4.- En ejecución de dicha sentencia, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó con fecha 16 de noviembre de 2017, la resolución contra la cual presentó la interesada el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- En su demanda, la recurrente denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento administrativo sancionador, garantizado en el art. 24.2 CE en su vertiente del derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Denuncia que la CNMC, tras recibir la sentencia del Tribunal Supremo no reabrió el procedimiento y, sin dar audiencia o trámite de alegaciones, ha dictado una Resolución sin notificar a ASCAN y a SADISA la incoación ni la Propuesta de Resolución.

Considera que debió darle audiencia para que explicase cuál era la parte de dicho volumen de negocio que correspondía con el mercado afectado por la infracción, así como para que formulase las alegaciones pertinentes para su defensa en relación con la nueva sanción que debía dictar la CNMC, especialmente en relación con la aplicación de las circunstancias incluidas en el artículo 64 de la LDC.

Denuncia en segundo lugar la falta de motivación y arbitrariedad del acto recurrido que tiene una fundamentación meramente formal o aparente, pero que no guarda relación de causa a efecto con la cuantía de la sanción que impone.

La resolución que se recurre no exterioriza unos razonamientos que permitan descubrir cuales han sido los motivos de su decisión y, además, no responde a las cuestiones planteadas ya que nunca se dio traslado a ASCAN ni a SADISA para realizar alegaciones.

Censura que, sin criterio conocido ni explicado por la resolución, ésta afirma gratuitamente en su apartado 3.4 que "el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importa de la multa debe ser del 6,5% de su volumen de negocios total en 2012", por lo que resulta una afirmación arbitraria y carente de fundamento.

En realidad, la resolución recurrida hace una serie de asertos que, siendo contradictorios y contrarios en su esencia, impiden comprender los motivos por lo que se impone una graduación de la sanción y no otra.

- Así sucede, entre otros apartados, en una grave contradicción y errónea valoración de la responsabilidad de ASCAN a la hora de fijar el tipo sancionador impuesto ya que comienza afirmando que:

"La cuota de participación de SENOR en el VNMA es la más alta del cártel, mientras que la de ARRUTI es la cuarta más alta y la de ASCAN es una de las cinco más bajas, e inferior a la media" (apartado 3.3 de la Resolución), lo que obtiene de los datos del cuadro de la página 13 de la misma Resolución, en el que figura que el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de ASCAN es del 4%, frente al 30,8& de SENOR y el 12,5% de ARRUTI."

Cuestiona la recurrente la suficiencia de la motivación de la resolución impugnada y critica que la resolución fije un tipo sancionador aplicable a ASCAN del 5,5% sin justificación alguna, denunciando que *"... no hay vestigios de una valoración individualizada de la responsabilidad de ASCAN frente a otras empresas sancionadas ni del*

grado de aplicación en el caso concreto de los criterios del artículo 64.1 y no hay ninguna explicación de por qué escoge el porcentaje del 5,5% como tipo de la sanción a ASCAN".

Pone de manifiesto que la multa impuesta resulta inmotivada, 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.

TERCERO.- Respecto a la denuncia de infracción de las garantías del procedimiento administrativo sancionador es preciso distinguir los procedimientos sancionadores en materia de conductas colusorias que se encuentra recogida actualmente en la LDC y su reglamento y por otra parte, la regulación relativa a la ejecución de sentencia prevista en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998.

En el presente caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 se limitó a ordenar a la CNMC la cuantificación de la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Así, el Consejo de la CNMC en su resolución de 16 de noviembre de 2017 se limitó a cumplir con lo dispuesto en la sentencia, llevando a puro y debido efecto la sentencia mencionada de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la LJCA.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, rec.1957/2019 con cita de la de 30 de septiembre de 2019, rec.5246/2018, rechaza que la ejecución de una sentencia que ordena el recálculo de la sanción puesta con sujeción a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, requiera la incoación de un nuevo procedimiento o la retroacción de actuaciones al en su día incoado, de donde se deduce que no se han producido las infracciones procedimentales que denuncia la actora.

Dice el tribunal Supremo que:

"&q uot;[...] 1/ Anulada jurisdiccionalmente una resolución sancionadora únicamente en lo que se refiere a la cuantía de la multa, la nueva resolución administrativa que recalcula el importe de la multa de acuerdo con los criterios fijados en la propia sentencia es un acto de ejecución que debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos para la ejecución de sentencias (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenido-Administrativa), sin que resulten de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador.

2/ El cumplimiento de la sentencia que anula la resolución sancionadora únicamente en lo relativo a la cuantía de la multa no exige que se inicie y tramite un nuevo procedimiento administrativo cuando la propia sentencia deja señalados, de acuerdo con lo debatido el proceso, los criterios y pautas para la cuantificación de la multa. El trámite de audiencia previo al dictado de este acto de ejecución únicamente será necesario en caso de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia requiriese abordar cuestiones no debatidas en el proceso o la realización de operaciones en las que hubiese algún margen de apreciación, no delimitado en la sentencia pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada.".

La fijación de esta doctrina jurisprudencial se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos, que procedemos a trascribir:

"[...] Ante todo es necesario destacar que, como hemos visto en el antecedente segundo, la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2015 (casación 721/213), que había anulado una anterior resolución sancionadora y ordenado a la CNMC que cuantificase nuevamente la sanción pecuniaria.

La citada sentencia de 29 de septiembre de 2015 no acordó el reinicio ni la retroacción del procedimiento administrativo sancionador sino que, sencillamente, ordenó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia "...que cuantifique la sanción pecuniaria dispuesto en los artículos 63 y 64 conforme a lo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos fundamentados". Y ello porque, aparte de la expresa remisión que se hace en la parte dispositiva de la sentencia a lo establecido en los preceptos legales relativos a la cuantificación de las sanciones, la propia sentencia de 29 de septiembre de 2015 deja explicado, en su F.J. 8º, por qué esta Sala consideraba que en la anterior resolución sancionadora se habían vulnerado los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , señalando asimismo la sentencia diversas circunstancias que debían tomarse en consideración para cuantificar la multa; todo ello para terminar concluyen el citado F.J. 8º de la sentencia que debía ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que " (...) cuantifique la sanción pecuniaria aplicando los criterios legales previstos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , ateniendo a las circunstancias atenuantes expuestas, y que, en ningún caso, podría superar la cifra de un millón ochocientos mil euros 1.800.000 €), para no incurrir en la prohibición de reformatio in peius".

Es decir, la sentencia ordenaba a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una concreta actuación: que dictase un nuevo acto de cuantificación de la sanción; y se indicaban en la propia sentencia los criterios con arreglo a los que debía hacerse la cuantificación de la multa.

Así las cosas, el cumplimiento de la sentencia no exigía que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia iniciase formalmente un procedimiento, entendido éste como sucesión de actos y trámites conducentes a un resultado, sino, sencillamente, que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados.

Una vez dictada por la CNMC la resolución que fija nuevamente el importe de la sanción, la parte que estuviese disconforme con lo resuelto bien podría haberlo impugnado promoviendo a tal efecto el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, conforme a lo previsto en los artículos 103, apartados 4 y 5 , y 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Pero la representación de la recurrente no hizo tal cosa, sino que decidió interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra la citada resolución. Ahora bien, el haber optado por esta alternativa no priva a la resolución de la CNMC de su verdadera naturaleza, la de ser un acto dictado en ejecución de sentencia y precisamente para dar cumplimiento a lo decidido en ella."

Añade la sentencia, en consonancia con lo anterior que no rige aquí el plazo de caducidad porque:

"no resultan de aplicación al caso que estamos examinando las previsiones contenidas en los artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992 (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador. Y ello porque, como ya hemos señalado, la resolución impugnada en el proceso de instancia no era un acto que pusiese fin a un procedimiento administrativo sino un acto dictado directamente en ejecución de la sentencia.

Por lo demás, carecería de sentido intentar aplicar al caso las consecuencias propias del instituto de la caducidad del procedimiento. En efecto, si en la regulación general de los ya citados artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992 la caducidad no impide que el procedimiento vuelva a iniciarse, salvo que hubiese transcurrido el plazo de prescripción, tal previsión de reinicio del procedimiento sancionador no encuentra encaje en un supuesto como el que aquí se examina, dado que la existencia de la infracción ya está afirmada por sentencia firme y únicamente queda por cuantificar -según lo ordenado por esta misma sentencia- el importe de la sanción.

Ello no supone que la Administración pueda en estos casos postergar indefinidamente el dictado de la resolución que fije la cuantía de la multa, pues, aparte del límite general que supone el instituto de la prescripción de la infracción, la ejecución de lo resuelto en sentencia debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenido-Administrativa); y en caso de incumplimiento cualquier interesado puede instar la ejecución forzosa o la ejecución subsidiaria, conforme a lo previsto en la regulación general de la ejecución de sentencias dictadas en el ámbito contencioso-administrativo (artículos 104.2 , 108 y 109 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción)."

CUARTO.- Entrando en el análisis de la resolución recurrida, 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.

QUINTO.- En cuanto a la motivación insuficiente de la resolución recurrida, 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 consistió 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 Publicas 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 ASCAN, 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 marzo de 2001 y hasta abril de 2011.

Señala que la cuota de participación de ASCAN en el mercado afectado alcanzaría un porcentaje del 4%.

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 5,5%. Dicho porcentaje, aplicado sobre el volumen de negocios total de ASCAN en 2012 -96.430.000 euros- arroja un importe de 5.303.650 euros.

Lo que ocurre en el caso de ASCAN es que el volumen medio de negocios en el mercado afectado durante la conducta (38.300.028 euros) representa únicamente el 3,9% del volumen de negocios total en el año anterior a la infracción, porque la mayor parte de su actividad se desarrolla fuera del mercado afectado. En efecto, aunque el importe de la sanción que le correspondería a ASCAN, de acuerdo con su conducta durante la infracción, sería de 5.303.650 euros, el límite de proporcionalidad estimado para esta empresa se sitúa en torno a 3.000.000 euros.

Sin embargo, como la sanción ajustada al límite de proporcionalidad resulta superior a la multa impuesta en la Resolución original, que ascendió a 2.292.240 euros, no puede superar la sanción impuesta en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo la original. Por esa razón, la aplicación del principio que prohíbe la reformatio

in peius, implica que no pueda imponerse a ASCAN la multa de la Resolución original y se concrete, finalmente, en el mismo importe.

Ahora bien lo que no puede sostenerse por ello, como sostiene la demanda, es que la resolución recurrida no haya tenido en cuenta la característica de empresa multiproducto cuyo volumen de negocios en el mercado afectado es muy inferior al 10% de su facturación total pues la resolución recurrida tiene expresamente en cuenta ese dato ya que del volumen de negocios total de la empresa en 2012, 96.430.000 euros solo 38.300.028 se generaron en el mercado afectado y esa circunstancia es tenida en cuenta

Por esa razón, no puede acogerse la denuncia de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste ASCAN en su demanda pues la concreción se ha realizado conforme a los criterios a los que se refiere el Tribunal Supremo.

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 la práctica de prueba sobre este particular- que las situaciones fueran comparables al punto de poder apreciar el pretendido trato desigual.

SEXTO.- 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 por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías en nombre y representación de **ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. Y DE GRUPO EMPRESARIAL SADISA S.L.,** contra la resolución de 16 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 2.292.240 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ