



Roj: **SAN 1246/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1246**

Id Cendoj: **28079230062024100152**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/02/2024**

Nº de Recurso: **109/2018**

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: 0000109 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 1189/2018

Demandante: GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.

Procurador: D. GERMÁN MARIAN GRIMAU

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^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 109/18 promovido por el Procurador D. Germán Marian Grimau en nombre y representación de **GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.**, contra la resolución de 19 de noviembre de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0226/10 *LICITACIONES DE CARRETERAS* mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.603.475 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 "... dicte Sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, declare la anulación de dicha resolución por no ser conforme a derecho, condenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales".

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 18 de octubre de 2023, en que tuvo lugar, prolongándose la deliberación a sesiones posteriores.

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 19 de noviembre de 2015, 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 1.603.475 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/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO.- Imponer a GÉVORA CONSTRUCCIONES S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 (recurso 1036/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10 Licitaciones de Carreteras), la multa de 1.603.475 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.- Mediante resolución de 19 de octubre de 2011, el Consejo de la entonces Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0226/10 Licitaciones de Carretera acordó:

"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables (...) GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.; (...) consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

SEGUNDO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción: (...) 3.172.395 euros a GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A. (...)".

2.- Contra dicho acuerdo interpuso GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A., recurso contencioso administrativo que, tramitado ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el núm. 697/2011 fue desestimado mediante sentencia dictada en fecha 22 de enero de 2013. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación que se estimó parcialmente por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de junio de 2015, recurso núm. 1036/2013, en el único extremo relativo a la determinación de la cuantía de la multa, obligando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa de conformidad con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

3.- En ejecución de lo resuelto, la Dirección de Investigación acordó requerir a la empresa sancionada la aportación de información de su volumen de negocios total consolidada en España correspondiente al ejercicio 2010.

4. Posteriormente, y con fecha 19 de noviembre de 2015, se dictó la resolución que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- En su demanda, cuestiona la recurrente la legalidad de dicha resolución con fundamento en los siguientes motivos:

- Indebida inclusión de la facturación de GEVORA correspondiente a obras de construcción en la determinación del mercado afectado.



Argumenta al respecto que la CNMC no ha excluido las obras de construcción en el cálculo de la sanción de la resolución y a los efectos de determinar el mercado afectado, infringiéndose a su juicio el artículo 64.1, a) de la LDC, e incumpliendo de nuevo lo ordenado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de junio de 2015 (basada, a su vez, en la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo). Especialmente, dice, si se tiene en cuenta que ya desde la resolución de 2011 se concluyó que las obras de construcción estarían excluidas de la determinación del mercado afectado.

- Vulneración del principio de proporcionalidad

Según la entidad actora, la sanción impuesta no es proporcional en relación con el máximo beneficio ilícito que podría haber obtenido de su participación en la infracción, o que deduce del contraste de la sanción con los beneficios operativos obtenidos por GÉVORA en el mercado afectado por la conducta, teniendo dichos ingresos como referencia del máximo beneficio ilícito que la empresa pudo haber obtenido como consecuencia de la infracción. Y se remite a la prueba pericial aportada que acreditaría dicha circunstancia.

- Falta de motivación

Se remite en esto al voto particular formulado a la resolución recurrida y afirma que adolece de una manifiesta falta de motivación en cuanto a la determinación del porcentaje de sanción aplicado, denunciando la vulneración del principio de proporcionalidad y la exigencia de debida motivación de los criterios legales de graduación.

Motivos a los que añade la denuncia de la infracción de los artículos 76.2, 80.2 y 135 de la LRJPAC por la ausencia de subsanación y omisión de audiencia como defectos formales que han dado lugar a la indefensión de Gévora

TERCERO.- Sobe la base de lo expuesto, procede en primer lugar analizar la denuncia de la omisión del trámite de audiencia que la entidad actora sostiene le ha generado indefensión.

Pues bien, esa denuncia se refiere, en primer término, a la indefensión sufrida por aquella causa durante la tramitación del expediente sancionador, destacando que *"... la CNC debió haber procedido a practicar prueba complementaria si no le bastaba con la información facilitada por GÉVORA en la Respuesta al Requerimiento..."* y que *" la CNC ha actuado de forma totalmente arbitraria, pues decidió sin explicación alguna dar por válidos los valores totales de facturación relativos a los años 2008 y 2009 aportados por GÉVORA en contestación al requerimiento de 21 de septiembre de 2010, descartando unilateral e inmotivadamente los referentes al mercado de construcción facilitados en la Respuesta al Requerimiento"*.

Hay que recordar, sin embargo, que la resolución cuya legalidad revisamos ahora es la dictada por la CNMC con fecha 19 de noviembre de 2015 en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015, lo que necesariamente circunscribe el análisis de legalidad a lo actuado en esa ejecución. Por tanto, la supuesta indefensión que la recurrente dice haber sufrido durante la tramitación del expediente sancionador ha de quedar fuera del objeto de este proceso pues, insistimos, solo cabía a la CNMC ejecutar lo resuelto por el Tribunal Supremo, que ordenó *"... a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010; y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula"*.

Sí debemos pronunciarnos sobre la indefensión que asimismo alega GÉVORA en relación con lo actuado por la CNMC tras dictarse la sentencia del Tribunal Supremo y en estricta ejecución de la orden que el mismo le dio de recalcular la multa impuesta. Indefensión que relaciona con el hecho de que no se le diera trámite de audiencia antes de proceder a cuantificar nuevamente la multa.

Pese a las dudas que esta cuestión pudiera suscitar, es lo cierto que ha sido el mismo Tribunal Supremo el que la ha resuelto en el sentido de considerar incensario dicho trámite cuando de lo que se trata, como aquí sucede, es de ejecutar una sentencia que ordena el recálculo de la multa.

La sentencia de la Sala Tercera de 4 de octubre de 2019, recurso 4691/2019, dice al respecto lo siguiente:

"De acuerdo con lo que llevamos expuesto, nuestra respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación es la que sigue: 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. Y, aunque en este concreto no se planteaba, debemos reiterar lo que decimos en la sentencia de 30 de septiembre de 2019 -recurso de casación núm. 5246/2018 - respecto al trámite de audiencia en la ejecución de una sentencia que manda recalcular el importe de la sanción pecuniaria: "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".

CUARTO.- Antes de analizar los restantes motivos de impugnación, hemos de destacar que son varias las sentencias que esta misma Sección ha dictado en relación con el asunto que nos ocupa, es decir, con la legalidad de las resoluciones de la CNMC adoptadas en ejecución de las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo y por las que ordenaba el recálculo de la multa impuesta en su día en la resolución de la CNMC de 19 de octubre de 2011, expediente S/0226/10 "Licitaciones de Carreteras".

Podemos mencionar así la 26 de junio de 2018, recurso núm. 367/2016; 29 de junio de 2018, recurso núm. 547/2016; 30 de diciembre de 2019, recurso núm. 801/2017; 28 de marzo de 2022, recurso núm. 30/2017; o la de 20 de julio de 2022, recurso núm. 517/2018.

Todas estas sentencias confirman lo actuado por la CNMC en la citada ejecución, rechazando los argumentos por los que las empresas afectadas cuestionaban la multa finalmente impuesta. Y en ellas se analizan, por ser de alegación constante en los recursos interpuestos, la falta de motivación de la sanción y la vulneración del principio de proporcionalidad.

Siguiendo la misma línea argumental que en esos pronunciamientos ha de decirse 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 y 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, 2010), 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, es lo cierto que aparecen reflejados en la resolución recurrida, bajo la rúbrica *Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0226/10)*, 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, lo que permite que la sanción alcance hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2010.

Precisa la resolución que GÉVORA presentó su facturación total consolidada y la de sus filiales en España, relativa al año 2010, y que alcanzaba la cifra de 32.723.981 euros.

También que el mercado afectado por la conducta es el de las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en España, mercado en el que la oferta está constituida por un elevado número de empresas constructoras y de ingeniería civil, que en el año 2007 ascendía a 47.424, y la demanda por el sector público, que gestiona el 98% de la red de carreteras españolas, red que en 2008 comprendía 165.011 km.

Explica asimismo que *"Si bien no existe en el expediente referencia concreta a la cuota de las empresas imputadas en el mercado, de la Resolución se puede extraer que el volumen de ventas en el mercado afectado de las empresas participantes en la conducta declarada prohibida era, en 2008, un 17,5% del total de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Pública (Estatal y Autonómica), y en 2009, un 45,6% de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Central.*

Tanto la consideración del objeto de la conducta sancionada -acordar de forma secreta el ganador de la licitación y la oferta económica a presentar- como el procedimiento empleado para llevarla a cabo -que imposibilitaba la participación de cualquier empresa no perteneciente al cártel que hubiera podido presentarse en un procedimiento abierto- justifican que la conducta sea valorada como muy grave. Además, la resolución original apuntó ya los particulares efectos dañinos que una conducta como la analizada generó para el sector económico afectado, y para los contribuyentes (FD 7º): (...)"

Hace a continuación una estimación del sobreprecio consecuencia de la concertación, que se relaciona de modo directo con la justificación de la producción de daños, y dice así que *"... aunque las empresas estaban dispuestas a realizar bajas cercanas al 30%, como consecuencia de los acuerdos, la baja se limitó a un 3%, repartiéndose la diferencia o sobreprecio entre los participantes, lo que se tradujo en perjuicio no sólo para la Administración convocante sino también para el conjunto de los ciudadanos. En concreto pudo acreditarse que el sobreprecio repartido entre las empresas participantes en 8 de las 14 licitaciones ascendió a 14.185.731,06 €, aunque no fue posible cuantificar el sobreprecio en las restantes 6 licitaciones afectadas por la conducta".*

Tras estas consideraciones generales, la CNMC precisa la concreta situación de GÉVORA a los efectos de individualizar el reproche sancionador, para lo que tiene en cuenta su volumen de negocios total (VNT) y en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción: VNT en 2010, 32.723.981 euros; VNMA en 2008, 14.559.896 euros; y VNMA en 2009, 22.447.665 euros.

En cuanto a la duración de la infracción, y tras rechazar el carácter instantáneo de la conducta en atención al día de la adjudicación, adopta un criterio para fijar la duración sobre la que determinar el volumen de negocios afectado que parte del hecho de que, en el caso de GEVORA, la duración es de 18 meses, período que se corresponde con todo 2009 y la mitad de 2008.

Explica, de este modo, que la facturación de GEVORA en el mercado afectado por la conducta durante la infracción sería de 29.727.612 euros (la mitad del volumen de negocio en el mercado afectado en 2008 más todo el volumen de negocio del mercado afectado en 2009), y advierte que dicho importe es sustancialmente superior al de la media del resto de empresas participantes en la conducta.

Incorpora otro criterio de cuantificación, como es que consta acreditada la participación de GEVORA únicamente en ocho de las licitaciones investigadas.

Y, a continuación, se refiere de manera expresa a la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, para lo que hay que tener en cuenta, conforme a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, *"la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados".*

Sobre esta base, señala que, *"... aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción".*

Hecha esta consideración, indica que, sin embargo, en el caso de GEVORA el volumen de negocios en el mercado afectado es un 90,84% del volumen de negocios total de la empresa en 2010, evidenciando que la actividad de la empresa se concentra en el mercado afectado por la infracción.

Finalmente, todo ello lleva a la CNMC a fijar el tipo sancionador en el 4,90% de su volumen de negocios total en 2010, lo que determina una sanción de 1.603.475 euros.

Ha de decirse, además, que la CNMC tiene en cuenta que ya en la resolución sancionadora inicial de 19 de octubre de 2011 se apreció en la conducta de GEVORA la concurrencia de una circunstancia atenuante consistente en el reconocimiento parcial de los hechos, lo que condujo a la reducción del importe básico de la sanción en un 5% (5.037.327 euros).

Pues bien, frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste GEVORA 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). 8*

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 -la prueba propuesta y admitida se dirigía a acreditar extremos distintos - que las situaciones fueran comparables al punto de poder apreciar el pretendido trato desigual.

SEXTO .- En relación con la vulneración del principio de proporcionalidad que aduce asimismo GÉVORA al haberse incluido en la determinación de su volumen de negocios, de manera indebida a su juicio, el relativo a las obras de construcción, se hace preciso recordar de nuevo el limitado alcance del procedimiento en que nos encontramos, necesariamente constreñido por el pronunciamiento que cabía hacer a la CNMC: debía ceñirse, en ejecución de la orden del Tribunal Supremo, a recalcular el importe de la multa de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hace el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 2015.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta cuestión se planteó ya en el proceso seguido por GÉVORA contra la resolución sancionadora original, y la sentencia de esta Sección de 22 de enero de 2013 rechazó la pretendida reducción del volumen de mercado afectado. De hecho, al referirse precisamente a la proporcionalidad de la multa y a su cuantificación, confirma que se habría probado que la resolución sancionadora "... parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas: dice literalmente la resolución que "Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen



de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación"

Es decir, no cabe cuestionar en este trámite el volumen de negocios que se tomó en consideración para cuantificar la multa impuesta a GÉVORA por la vía de excluir algunas de las licitaciones por referirse a obras de construcción, pues ello contradice lo resuelto de manera firme en la sentencia de 22 de enero de 2023.

Por tanto, debe rechazarse la afirmación de la recurrente según la cual *"... en la determinación del volumen de negocios del mercado afectado, y contrariamente a lo que por error ocurre en la Resolución de 2015, debe excluirse el correspondiente a las licitaciones de obra para la construcción de carreteras y autovías, puesto que no forman parte del mercado afectado"*.

También la tan reiterada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2015 dice, de manera expresa, lo siguiente:

"El alegato de vulneración del principio de proporcionalidad lo sustenta la recurrente en tres pilares: 1/ la multa es desproporcionada en términos absolutos, atendiendo al volumen total de negocios de la entidad; 2/ es desproporcionada, también, por haber sido determinado de forma errónea el volumen de negocios afectado por la infracción (mercado relevante); y 3/ la multa es desproporcionada por razón del criterio temporal utilizado para su cálculo (volumen de negocios de 2009 y mitad del 2008). En lo que se refiere a la determinación del volumen de negocios afectado por la infracción, y, en definitiva, a la identificación del mercado relevante, debemos reproducir aquí las consideraciones expuestas en ocasiones anteriores, en las que otras recurrentes habían formulado este alegato en relación con la misma resolución sancionadora. Así, en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013) -cuyos razonamientos aparecen reiterados luego en sentencia de 23 de abril de 2015 (casación 4422/2013)- señalábamos lo siguiente:

(...) En relación con la determinación del mercado afectado (apartado i del motivo), no hay ninguna razón para circunscribir el mismo a sólo algunas de las obras (reposición y mejora de firmes) y sólo a determinados tipos de licitaciones. La resolución sancionadora justifica el mercado de forma razonada sin que la parte oponga más que su opinión contraria, limitándose a afirmar que la definición del mercado es demasiado amplia. En cuanto al tipo de licitaciones, deben quedar comprendidas todas las que efectivamente se producen en el mercado, sin que resulte relevante el que las concretas licitaciones investigadas se hayan detectado en licitaciones restringidas o en las convocadas por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, pues no hay base para apreciar que los acuerdos colusivos tuviesen ese tipo de condicionamientos"

SÉPTIMO.- Resulta obligada, en atención a cuanto venimos razonando, 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. Germán Marian Grima en nombre y representación de **GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.**, contra la resolución de 19 de noviembre de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0226/10 *LICITACIONES DE CARRETERAS* mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.603.475 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.