



Roj: **SAN 3474/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3474**

Id Cendoj: **28079230062018100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/09/2018**

Nº de Recurso: **10/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000010 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00141/2017

Demandante: Grupo Cetya SA

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEJIAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTO , en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **10/2017** , seguido a instancia de la mercantil "**Grupo Cetya SA**" , representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mejías, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 783.914 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO . La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:



1. Mediante resolución de 12 de enero de 2012, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) impuso a la recurrente una multa de 1.425.299 euros como autora de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).

2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución fue finalmente estimado en parte por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 9 de diciembre de 2015 en el único extremo de la cuantificación de la multa, ordenando un nuevo cálculo con arreglo a los criterios establecidos en dicha sentencia.

3. Mediante resolución de 3 de noviembre de 2016, el Consejo de la CNMC, recaída en el expediente VS/0179/09 Hormigón y Productos derivados, y en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, impuso a la recurrente una sanción de 783.914 euros, en sustitución de la inicialmente impuesta.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Infracción del artículo 24.2 CE : Derecho a un proceso con todas las garantías:

La resolución impugnada se ha dictado vulnerando el procedimiento legalmente establecido al omitir el trámite esencial de la audiencia al interesado a pesar de haber introducido nuevos elementos en el procedimiento como el volumen de ventas y no haber notificado a la recurrente la incoación del nuevo procedimiento.

2. Infracción del artículo 24.1 CE : Falta de motivación y arbitrariedad de la resolución recurrida:

-No se justifica la elección del tipo sancionador en un 5,5%, que es reflejo de un tratamiento arbitrario de la cuestión.

-Indebido uso del concepto límite de proporcionalidad: se trata de un concepto introducido "ex novo" por la CNMC que se emplea en la resolución para ajustar la sanción al límite de proporcionalidad.

-La recurrente desconoce la fórmula para su cálculo y la razón por la que se fija para este caso en 5.800.000 euros

-La afirmación de que la multa que se le impone está por debajo del límite de proporcionalidad y por lo tanto no le es aplicable, le causa indefensión ya que, al desconocer la fórmula de su cálculo, no puede impugnar dicha afirmación y solicitar su aplicación si cabe.

3. Falta de proporcionalidad en la fijación del importe de la multa por inaplicación del artículo 64 LDC :

-Duración de la infracción: la resolución se limita a fijar su duración, del 2 de junio de 2008 hasta el 22 de septiembre de 2009, sin realizar valoración alguna, especialmente la posibilidad de que la escasa duración pudiera suponer una reducción de la sanción.

-Falta de valoración de la cuota de mercado: por causa imputable a la CNMC no se conoce la cuota de mercado por lo que dicha carencia debe tomarse en consideración para graduar la sanción.

-Falta de determinación de los beneficios ilícitos de la recurrente y de los efectos de la conducta en el mercado: en la resolución inicial se indicó que no se había podido determinar el grado de incumplimiento, por lo que debe estarse a dicha afirmación.

-Resulta arbitraria la fijación de un porcentaje del 34% para los beneficios ilícitos de la recurrente en el mercado de los áridos ya que no se justifica en modo alguno, sin que se haga referencia alguna a beneficios ilícitos en el mercado del mortero que no se produjeron.

-Falta de valoración de la ausencia de circunstancias agravantes, lo que debería dar lugar a una reducción de la sanción.

-Separación por la CNMC de su propio criterio en resoluciones recientes., que cita.

4. La determinación de la sanción por la resolución impugnada se basa en un puro automatismo sin fundamentación alguna.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 12 de septiembre de 2018 para la deliberación, votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.



SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha 3 de noviembre de 2016 del Consejo de la CNMC, recaída en el expediente VS/0179/09 Hormigón y Productos derivados, y en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015.

Dicha resolución impuso a la recurrente una sanción de 783.914 euros, en sustitución de la inicialmente impuesta.

SEGUNDO: El primer motivo de recurso se refiere a la omisión del trámite de audiencia antes de dictarse la resolución recurrida, lo que significó, en opinión de la recurrente, una ausencia total de procedimiento.

De acuerdo con una doctrina constante de este Tribunal (SAN de 23 de abril de 2018, recurso nº 239/2016), para que la omisión de dicho trámite determine la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador, es preciso que la misma haya generado indefensión al afectado, indefensión que ha de ser real y efectiva y no meramente aparental. Todo ello con invocación de la STS de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm. 7668/1999 y las que la misma cita. Además, la nulidad ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva conforme a constantes pronunciamientos del Tribunal Supremo que, por conocidos, resulta ocioso reiterar aquí.

En el supuesto analizado, la mera invocación del derecho a la audiencia resulta a la vista de la jurisprudencia descrita, insuficiente para determinar la nulidad de pleno derecho que postula la recurrente, pues no puede desconocerse el estrecho ámbito que cabía al pronunciamiento de la CNMC, limitado necesariamente a la ejecución de lo acordado en la sentencia de esta Sala. No puede olvidarse que la actora ya fue oída antes de la imposición de la sanción original, que en lo esencial ha sido mantenida por las sentencias recaídas.

Los datos fácticos a tomar en consideración para cuantificar la sanción, verdadero elemento nuclear de la nueva decisión por imperativo de la sentencia que ejecuta, eran sobradamente conocidos por la actora y sobre los mismos había tenido la ocasión de formular las alegaciones que estimó oportunas.

Estos razonamientos valen sin duda para llegar a la misma conclusión en el caso que ahora enjuiciamos, en el que resulta conveniente hacer dos consideraciones. En primer lugar, que la demandante no ha precisado en qué medida la falta de audiencia le ha generado indefensión. Es decir, qué es lo que podría haber alegado en el trámite omitido que pudiera haber cambiado el sentido de la resolución al punto de que, por impedirse, la Administración hubiera cercenado su derecho a la defensa, cuya invocación queda entonces en una mera alegación genérica, insuficiente, con arreglo a la jurisprudencia citada, para provocar la nulidad del acto.

Y, en segundo término, que al permitirle impugnar mediante un nuevo recurso contencioso administrativo la decisión de la CNMC se aseguran a la entidad afectada todas las garantías inherentes al proceso para combatir una resolución que, de este modo, no se controla solo por el trámite de ejecución.

TERCERO: Por lo que respecta a la falta de motivación y arbitrariedad de la resolución recurrida, tampoco podemos compartir las alegaciones de la recurrente.

En efecto, la resolución con que tiene una motivación suficiente y buena prueba de ello es que la recurrente ha podido articular su recurso con quejas y alegaciones concretas que derivan de su discrepancia con la motivación contenida en la resolución recurrida. No puede identificarse pues, la mera divergencia con el razonamiento de la Administración, con la falta de motivación de la resolución.

La metodología seguida por la CNMC en la resolución recurrida para la imposición de la multa no es impredecible ni aparente o formal como señala la recurrente, pues la resolución establece unas pautas que son generales para las situaciones del mismo tipo y que aplica al presente caso.

Expuesto este razonamiento es necesario precisar que no existe obligación legal alguna de tomar en consideración todos y cada uno de los parámetros establecidos en el artículo 64 de la LDC, sino solo aquellos que estime necesarios para justificar su resolución, en este caso la duración y la gravedad de la conducta.

La resolución ha tomado en consideración las cifras del volumen de negocio total y del mercado afectado de la recurrente, que fueron aportadas por la misma y en cuanto al establecimiento del criterio para calcular la duración, éste fue fijado en la resolución inicial y es por tanto inamovible.

En cuanto a la falta de justificación sobre la elección del tipo sancionador del 5,5% y no otro, entendemos que dicha elección corresponde a la CNMC en atención a los elementos tomados en consideración en su



resolución, y que no resulta desproporcionado atendiendo a que el máximo posible se sitúa en un 10% del volumen total de negocio del año anterior al de la imposición de la sanción.

En este sentido, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal de Justicia (sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 Treuhand, apartado 68), la Comisión cumple con su obligación de motivación exponiendo los criterios para determinar los elementos en los que se fundamenta la imposición de la multa sin necesidad de exteriorizar los cálculos numéricos en los que justifica su decisión.

La aplicación del concepto "límite de proporcionalidad", ha sido validado por este Tribunal. Destacamos que el mismo no se emplea como criterio de graduación de la multa, sino como tope que no puede ser superado. Por esta razón operaría una vez fijada la sanción, establecida de acuerdo con los criterios generales, con la finalidad de reducir la cuantía de una sanción que pudiera ser desproporcionada.

La resolución, en su nota a pie de página nº 7, explica el método de cálculo del límite de proporcionalidad y las fuentes, públicas y oficiales que han sido tomadas en consideración para su cálculo, sin que la recurrente las haya cuestionado.

En cuanto al cálculo del beneficio ilícito, observamos que en la nota a pie de página nº 6 se expone su método de cálculo en términos asimilables a lo hecho para el cálculo del límite de proporcionalidad, y similar es también a estos efectos la falta de reacción de la recurrente, por lo que debemos concluir que la motivación existe y que no es arbitraria.

CUARTO: Finalmente no resta tratar la proporcionalidad de la sanción, que aplica los conceptos antes señalados, precisando un dato que omite la recurrente: el cálculo de la sanción se realiza sobre la base del volumen de negocios de la recurrente correspondiente a 2010, por ser más favorable para la recurrente que los de 2011 y así evitar una reformatio in peius.

Por lo que respecta a la duración de la infracción, la recurrente pretende que por el hecho de haber durado solo un año y unos meses, la sanción debe reducirse. Dejando al margen que la multa inicial ha sido minorada de forma muy relevante (entorno al 50%), resulta llamativo que como fundamento de su petición invoque las Directrices de la Comisión Europea, operación expresamente excluida por la STS de 29 de enero de 2015 y la unánime doctrina posterior del TS de la que es un ejemplo la sentencia que puso fin a este procedimiento. No se aporta razón alguna para que la sanción se minore aún más.

En relación a la falta de valoración de la cuota de mercado de la recurrente, debemos precisar que la resolución la fija en un 26,9%, la segunda más alta de los participantes en el cártel. El concepto que según la resolución no fue posible calcular es la cuota del mercado relevante afectada por la infracción aunque establece un razonamiento basado en la dimensión geográfica, el mercado de producto y las empresas imputadas, para concluir que dicha cuota era necesariamente elevada. La recurrente tampoco ha combatido este razonamiento identificando esta carencia con la falta de valoración de la cuota de mercado de la recurrente, omisión que, como hemos expuesto, no existe.

Otro de los elementos invocados por la recurrente para denunciar la falta de proporcionalidad, es la ausencia de cálculo de los beneficios ilícitos y su incidencia en el mercado afectado.

A estos efectos cabe decir que la resolución recurrida no modifica los hechos declarados probados en la resolución inicial en la medida en que fueron confirmados judicialmente. En este sentido, la resolución recurrida expresamente transcribe los párrafos correspondientes de la resolución inicial, en los que taxativamente se indica que se "los pactos de precios produjeron un grave perjuicio a este sector (construcción) en el mercado geográfico afectado, incrementando los costes de producción, tanto de la obra civil como de la producción de vivienda".

El beneficio ilícito es calculado con la fórmula a la que antes se ha hecho referencia y del mismo se obtiene un elemento más para el cálculo de la multa de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 64 de la LDC. Siendo procedente su aplicación, correspondería a la recurrente acreditar la errónea o improcedente aplicación de alguno de los parámetros empleados, lo que no ha ocurrido.

Por lo que respecta a la falta de consideración sobre la ausencia de circunstancias agravantes como factor de moderación de la sanción, debemos subrayar que no existe base legal alguna para tal petición.

La resolución ya ha reducido en un 50% la sanción inicial, sin que parezca irrazonable, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, establecerla en la mitad del arco sancionatorio permitido.

En último lugar invoca la recurrente una serie de resoluciones de la CNMC en las que, según manifiesta, se siguió un criterio distinto al establecido en la resolución recurrida.



La recurrente para invocar con éxito una infracción del principio de igualdad en sede administrativa, debería acreditar la identidad fáctica de los supuestos comparados y que las resoluciones invocadas no han sido objeto de confirmación judicial. Ninguna de estas circunstancias ha sido acreditada, por lo que tampoco podemos acoger este motivo de recurso.

En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

QUINTO : 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.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

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.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/09/2018 doy fe.