



Roj: **SAN 2761/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2761**

Id Cendoj: **28079230062018100315**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/06/2018**

Nº de Recurso: **786/2015**

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:** 0000786 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 07385/2015

**Demandante:** TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ SL

**Procurador:** D. JAVIER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de junio 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 **786/2015**, seguido a instancia de la mercantil "**Transportes Antonio Díaz Hernández SL**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier González Rodríguez, 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 241.752 €, 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 25 de octubre de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) impuso a la recurrente una multa de 292.600 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. La conducta imputada a la recurrente fue la de concertarse con otras empresas para acudir a un concurso público convocado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdico deportivas, socioculturales y socioeducativas. Se atribuyó a la recurrente una concertación para el ofrecimiento de los 902 precios ofertados por cada una de las empresas denunciadas. Además, la CNMC detectó que la recurrente y la empresa GLMC, redactaron exactamente la misma oferta económica.

3. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución fue estimado en parte mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2015, únicamente en el extremo relativo al método de cuantificación de la multa.

4. La Audiencia Nacional mediante la referida sentencia de 12 de marzo de 2015, ordenó a la CNMC que adoptara una nueva resolución adecuando la motivación y la cuantificación de la sanción a los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015.

5. Mediante resolución de 8 de octubre de 2015, el Consejo de la CNMC, en ejecución de lo ordenado por la Audiencia Nacional, impuso a la recurrente una sanción de 241.752 €.

**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. Caducidad del expediente administrativo, pues iniciado el expediente el 8 de abril de 2011 concluyó el 8 de octubre de 2015, sobrepasando ampliamente los plazos de caducidad establecidos al efecto.

2. Sobre la cuantificación de la sanción y los criterios empleados para determinar el importe de la sanción impuesta:

-La recurrente sostiene que el mercado afectado debe quedar circunscrito a la isla de Gran Canaria, lo que modificaría el mercado afectado.

3. Infracción del principio de proporcionalidad por parte de la CNMC:

-La CNMC en el informe parcial de vigilancia toma cifras de las tres empresas sancionadas para delimitar la cuota de mercado de cada una de ellas, pero no incluye la facturación de GLMC a la DG Promoción Educativa/ DT Educación y ello a pesar de que el importe de los servicios prestados ascendió en 2011 a 5.957.220 euros.

-Sin embargo, a la recurrente se le tuvo en cuenta para fijar su cuota de mercado la facturación realizada con las Administraciones Públicas canarias, por un importe de 2.668.998 euros.

-Mientras que para la recurrente se toma en consideración su facturación en transporte regular y discrecional, para GLMC sólo se toma en consideración el transporte discrecional.

-El porcentaje fijado a la recurrente como cuota de mercado fue de 74,8% y resultó determinante para la imposición de la sanción y no se acompaña motivación para ello. Si se hubiera realizado su cálculo teniendo en cuenta la participación de GLMC, la cuota de la recurrente hubiera sido de 29,7%.

-Solicita subsidiariamente que se modifiquen los tipos sancionadores para respetar la proporcionalidad de la sanción.

4. Error en los factores de ponderación de los porcentajes de participación en la valoración de la dimensión del mercado afectado y la estimación del beneficio ilícito.

-Establece que el beneficio ilícito potencial es de un 8% del tamaño del mercado afectado, partiendo de los valores standar empleados por la Autoridad Alemana de Competencia.

-Emplea como referencia adicional, el margen bruto de explotación de las empresas del sector del transporte por carretera, que según el Banco de España fue de un 14,89% para empresas, como la recurrente, con un volumen de negocio entre 10 y 50 millones de euros

Sin embargo, estos criterios teóricos no se reflejan en la resolución recurrida y aplica un tipo sancionador del 110%.



5. Falta de motivación sobre el tipo de 1,10% aplicado:

-Le fijan un 11% que es muy superior al fijado a las otras empresas y se hace sin justificación alguna.

-La invocación del artículo 64 por la resolución recurrida es puramente formal ya que mediante unos cálculos arbitrarios vino a justificar la misma sanción antes impuesta.

**TERCERO:** La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso, pues el escrito de demanda debe tratarse como un incidente de ejecución de sentencia y subsidiariamente la desestimación del recurso, declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

**CUARTO:.-** Pr acticada 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 23 de mayo 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 8 de octubre de 2015 por la que el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en ejecución de lo ordenado por la Audiencia Nacional en sentencia de 12 de marzo de 2016 , impuso a la recurrente una sanción de 241.752 euros.

**SEGUNDO:** La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la inadmisibilidad del recurso interpuesto con apoyo en el artículo 69 c) de la LJCA , por cuanto la defensa del Estado estima que se ha recurrido un acto que no es susceptible de impugnación autónoma, ya que se trata de un acto de ejecución de sentencia que tiene su vía propia en los artículos 104 y concordantes de la LJCA .

Tal y como ya hemos dicho anteriormente, en cualquier caso, no puede apreciarse la pretendida causa de inadmisibilidad si se advierte que la complejidad y variedad de cuestiones que planteaba el cumplimiento de la sentencia ya puso en su día de manifiesto la necesidad de que, en este concreto supuesto, se recondujese la reclamación a un nuevo proceso, solución que se apoya en doctrina jurisprudencial consolidada de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2013, recurso núm. 2134/2012 , y las que en ella se mencionan, que atribuye a la parte afectada la opción entre el trámite de ejecución o la interposición de un nuevo recurso independiente frente a la actuación administrativa llevada a cabo en cumplimiento de una sentencia, y que se pronuncia a favor de la compatibilidad de ambas vías. ( sentencia de 16 de diciembre de 2016, recaída en el recurso núm. 479/2014 Audiencia Nacional).

Debe rechazarse pues la causa de inadmisibilidad planteada por la defensa del Estado.

**TERCERO:** La resolución objeto de recurso se dicta en ejecución de la sentencia firme de esta misma Sala de fecha 12 de marzo de 2016 , en cuya virtud se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución inicial de 25 de octubre de 2012 dictada por el Consejo de la CNMC, por la que se le impuso una multa de 292.600 euros como autora de una infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC ).

El objeto de la resolución recurrida es realizar una nueva cuantificación de la multa, adaptándola a los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015 , por lo que en modo alguno podrá revisarse en ese acto cuestiones como la existencia de la infracción o la participación en la misma de la recurrente. Únicamente podrá revisarse la resolución de la CNMC impugnada en lo que respecta a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la LDC siguiendo las pautas establecidas por la STS citada, lo que descarta la reconsideración sobre el mercado afectado que propone la recurrente.

**CUARTO:** El primer motivo de recurso es el de la caducidad del procedimiento administrativo, planteamiento que no puede prosperar como ya hemos señalado en algún supuesto análogo, como la SAN de 16 de diciembre de 2016, recurso nº 479/2014 , o la de 23 de abril de 2018, recurso nº 239/2016 .

En síntesis dijimos y reiteramos ahora, que el "dies ad quem" para el cómputo de la caducidad del procedimiento es el de la notificación de la resolución sancionadora y no el de la resolución que es objeto del presente recurso, pues así se infiere del artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993 y del artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la remisión al artículo 43.4 de la Ley 30/1992 debe entenderse hecha a su artículo 44 tras la



modificación de la misma Ley operada por la Ley 4/1999 ), preceptos todos que fijan como dies ad quem del plazo de caducidad el de la notificación de la resolución sancionadora.

Aunque el expediente se iniciara el 8 de abril de 2011, hay que tener en cuenta que la resolución ahora recurrida ha recaído en trámite de ejecución de sentencia, es decir una vez concluido el procedimiento administrativo con la resolución sancionadora inicial. En dichas circunstancias, resultan aplicables las reglas contenidas en los artículos 104 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no las reglas procedimentales invocadas por la recurrente.

Ante la doble vía impugnatoria -ejecución o nuevo recurso contencioso administrativo-, el hecho de que la parte interesada hubiera optado por interponer un recurso contencioso administrativo no implica que, al trámite anterior a la interposición de dicho recurso seguido ante la misma Administración ejecutante, no le resulten aplicables las normas sobre ejecución de sentencia y, por lo tanto, no opere el plazo de caducidad

En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, lo actuado después de notificada la resolución que le puso fin. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la prolongación de trámites posteriores a la notificación de la resolución.

**QUINTO:** En cuanto a las exigencias de la motivación de la resolución, la recurrente centra todo su esfuerzo argumental en denunciar, esencialmente, el erróneo cálculo de su cuota sobre el mercado afectado realizado por la CNMC y en la falta de motivación sobre el concreto tipo infractor aplicado.

El primero de los reproches no puede ser aceptado pues nuevamente la recurrente trata de cuestionar hechos y presupuestos fácticos de partida contenidos en la resolución original, que no fueron cuestionados por la sentencia de la Audiencia Nacional y por lo tanto no pueden ser revisados en este momento. En consecuencia, no procede analizar los argumentos empleados por la recurrente respecto de la discriminación alegada por no haberse incluido determinados datos de facturación de la empresa competidora GLCM.

La resolución recurrida, contrariamente a lo que afirma la recurrente, no introdujo ningún factor nuevo para el cálculo de su cuota de mercado, pues los elementos fácticos para la determinación de la cuota de mercado (contratos suscritos por las empresas implicadas), como ya hemos dicho, fueron respetados por la Audiencia Nacional ya que la anulación de la resolución sancionadora recayó sobre el método de cálculo de la sanción, pero no los presupuestos fácticos, como el número y tipos de contratos suscritos por cada empresa durante el período de vigencia de la infracción.

Es en el cálculo del beneficio ilícito y daños potenciales donde se establecen criterios no empleados anteriormente para establecer el montante final de la sanción.

Después de fijar las consideraciones que la propia recurrente reproduce en su escrito de demanda y que se sintetizan en los antecedentes de hecho de esta resolución (Segundo. 4), la misma concluye afirmando que como consecuencia del criterio de proporcionalidad dimanante del cálculo referido, deben modificarse los porcentajes sancionadores anteriormente aplicados, correspondiéndole a la recurrente un 1,10% del volumen total de negocio del año anterior a la imposición de la sanción.

Analizada la fundamentación de la resolución ahora impugnada, los parámetros empleados por la misma no pueden considerarse arbitrarios o desproporcionados, pues son parámetros que pueden considerarse habituales en este tipo de operaciones y que se desglosan en el antecedente de hecho Segundo.4 de esta sentencia.

La propia recurrente no cuestiona en realidad este extremo, y de hecho reconoce que efectivamente se aplicaron al comentar en su demanda las cifras que identifica en el cuadro nº 4. En realidad, su queja no se refiere al empleo de dichos parámetros sino a su aplicación sobre lo que considera una base errónea y ese es su auténtico problema. Estima que ello es así, porque, en su opinión, la cuota de mercado que es la base del cálculo se estableció sobre datos incompletos respecto de sus competidores, alegación que no puede prosperar como ya hemos anticipado.

Por otra parte, y en cuanto a la fijación del tipo sancionador, 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.

En estas circunstancias nuestra opinión, la CNMC ha motivado suficientemente su forma de proceder, pues ha establecido unos criterios razonables que ha especificado con el suficiente grado de precisión para que pudieran ser conocidos por la empresa afectada y, en su caso, cuestionarlos, sin que, a partir de ese momento,



pueda exigirse a la CNMC que exteriorice los exactos cálculos matemáticos por los que se ha fijado el tipo sancionador del 1,1%, que dada su magnitud no parece desproporcionado atendida la mayor participación de la recurrente en la práctica colusoria sancionada.

De lo expuesto se infiere que la resolución está suficientemente motivada, pues toma en consideración distintos parámetros de los previstos en el artículo 64 LDC en los términos señalados por la STS de 29 de enero de 2015, por lo que procede desestimar el recurso.

**SEXTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

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 19/06/2018 doy fe.