



Roj: **SAN 1780/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1780**

Id Cendoj: **28079230062023100220**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/04/2023**

Nº de Recurso: **2/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000002 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 07493/2015

**Demandante:** don Jaime

**Procurador:** DÑA. BEATRIZ MARIA GONZALEZ RIVERO

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de abril de dos mil veintitrés.

Se ha visto, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el presente recurso tramitado con el número **2/2016**, interpuesto por **don Jaime** representado por la procuradora doña Beatriz González Rivero contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 8 de octubre de 2015, recaída en el expediente SA/CAN/0012/11.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.



**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que solicita que se dicte sentencia estimando el recurso con la anulación de la resolución impugnada.

**TERCERO.-** El abogado del Estado, en su escrito de contestación, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 29 de marzo del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** El presente recurso ha sido identificado como pendiente de votación y fallo tras que, el ponente encargado de la resolución de los recursos terminados en «2» y en «4», solicitara a los encargados de la tramitación una resolución actualizada de los procesos pendientes de votación y fallo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jaime frente a la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 8 de octubre de 2015, recaída en el expediente SA/CAN/0012/11. El acuerdo impugnado se dictó en ejecución de la sentencia de esta Sala el 10 de marzo de 2015 que estimó parcialmente el recurso presentado por el interesado en el recurso 696/2012, declarando no ser ajustada a Derecho la resolución inicial de 25 de octubre de 2012 en lo referente a la cuantificación de la multa.

Esta última resolución acordó *«PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/2007 en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto, de la que son responsables AÚTURCA S.A., GLCM ( Jaime ) y TRANSPORTES ANTONIO DÍAZ HERNÁNDEZ, S.L. SEGUNDO.- Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción: - 43.800 € AUTARCA [sic]; - 292.600 € a TRANSPORTES ANTONIO DIAZ HERNANDEZ, S.L.; y - 53.900 E a GLCM. [...]»*.

Tras la interposición del recurso contencioso-administrativo nº 696/2012, la sentencia de 10 de marzo de 2015 de esta Sala lo estimó parcialmente declarando no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en lo referente a la cuantificación de la multa. En los mismos términos, el 12 de marzo de 2015, también se estimaron parcialmente los recursos recurso nº 743/2012 y 703/2012, presentados por AUTURCA y TRANSPORTES ADH.

En ejecución de la sentencia de 10 de marzo de 2015, se dictó el acuerdo que ahora se impugna.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda son varios los motivos invocados para instar la nulidad de la sanción impugnada. Podemos resumir los motivos invocados por el actor en dos bloques. En el primero se centra en la falta de motivación del nuevo acuerdo sancionador, en la medida que incorpora criterios de los que no se le ha dado traslado, como el informe parcial de vigilancia de la CNMC el día 17 de junio de 2015 emitido por la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos del Gobierno de Canarias. Denuncia la interdicción de la arbitrariedad de la Administración y la indefensión que ello le ha ocasionado en la medida que no le permite defenderse, en la medida que desconoce los parámetros de los que parte la Administración para graduar la sanción que ahora se le impone. En el segundo bloque, encuadramos la caducidad del procedimiento, en la medida que no se trata de una ejecución de sentencia, sino de la reposición de las actuaciones a un momento anterior a la decisión final para que se llevara a cabo un nuevo recalcule de la sanción.

Por el abogado del Estado se instó la desestimación del recurso, incidiendo en la legalidad de la resolución impugnada.

**TERCERO.-** Hemos de tener presente que esta Sala ya se ha pronunciado sobre un recurso análogo al que aquí resolvemos, contra idéntico acto de ejecución, por lo que debemos remitirnos a lo ya dicho en nuestra sentencia firme de 8 de junio de 2018, recurso 786/2015, en virtud del principio de unidad de doctrina, expresión de la seguridad jurídica que debe presidir la toma de decisiones de quien resuelve. No apreciamos razones de fondo para apartarnos de lo que dijimos por lo que, basta con remitirnos a lo ya dicho para dar cumplimiento a la motivación que de esta sentencia *« [C]UARTO: 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. [...]».

Con la remisión que hacemos satisfacemos damos respuesta al presente recurso, que también se satisface con la motivación por remisión o *in aliunde*, siempre que el reenvío se produzca de forma expresa e inequívoca y la cuestión sustancial de que se trate hubiera sido decidida en la resolución a la que se remite, según ha reiterado el Tribunal Constitucional en la sentencia 144/2007 (FJ 3): «[d]entro de las modalidades que puede revestir la motivación hemos afirmado que la fundamentación, por remisión o *aliunde* -técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite ( ATC 207/1999, de 28 de julio , FJ 2)-" no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental" a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2 ; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, in fine ; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2 ; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2 ; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2 ; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8 ; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8 ; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10 ; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [ STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite ( SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4 ; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6) [...]».

Este criterio lo ha seguido el propio Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 13 de febrero de 2013 (casación 1434/08, FJ 1), 17 de marzo de 2104 (casación 1015/13, FJ 2) o 27 de abril de 2015 (casación 1965/2012, FJ 2).

**CUARTO.**- Lo expuesto nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jaime contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 8 de octubre de 2015, recaída en el expediente SA/CAN/0012/11, con expresa condena en costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.