



Roj: **SAN 523/2025 - ECLI:ES:AN:2025:523**

Id Cendoj: **28079230062025100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/01/2025**

Nº de Recurso: **43/2020**

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: 0000043/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 305/2020

Demandante: ZARDOYA OTIS, S.A., (ZOSA)

Procurador: D^a CRSTINA GRAMAGE LÓPEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o:

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 veintidós de enero de dos mil veinticinco.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 43/20 promovido por la Procuradora D^a Crstina Gramage López en nombre y representación de **ZARDOYA OTIS, S.A., (ZOSA)**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0410/12 ASCENSORES-2 mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.845.362 euros en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expte. S/0410/12 ASCENSORES-2) 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 "... acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia, anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 7 de noviembre de 2019 (expediente núm. vS/410/12 67/68 ASCENSORES-2, EMPRESA ZARDOYA OTIS, S.A.), en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos de esta demanda".

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 11 de diciembre de 2024, en que tuvo lugar.

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 7 de noviembre de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0410/12 ASCENSORES-2 mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.845.362 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO. - Imponer a ZARDOYA OTIS, S.A., en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 (recurso 494/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expte. S/0410/12 ASCENSORES-2), la multa de 2.845.362 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 17 de septiembre de 2013 el Consejo de la entonces Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente de referencia, acordó:

"PRIMERO. - Declarar acreditada la existencia de cuatro infracciones del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales, de las que son responsables respectivamente (...), ZARDOYA OTIS, S.A., (...).

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de las conductas infractoras:

- 2.845.362 euros, (dos millones ochocientos cuarenta y cinco mil trescientos sesenta y dos euros) a ZARDOYA OTIS, S.A. (...)"

2. Contra dicha resolución interpuso ZOSA recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional que, seguido bajo el número 494/2013, fue estimado en parte mediante sentencia de 14 de julio de 2016, la cual anuló la resolución de la CNC recurrida en el único extremo del importe de la multa, ordenando a la CNC que llevase a cabo un nuevo cálculo de dicho importe. Dicha sentencia fue recurrida en casación por la actora, y su recurso fue desestimado mediante sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018.

3. Consta en el expediente información relativa al volumen de negocios de la recurrente aportada por esta al contestar al pliego de concreción de hechos en la que se indica que dicho volumen correspondiente al ejercicio 2012 ascendía a 640.677.079 euros.

4. Presentado con fecha 20 de diciembre de 2018 escrito de alegaciones por la interesada en el que se argumenta acerca del modo en que habría de ejecutarse la sentencia y se fija el volumen de negocios total del grupo en el ejercicio 2012 en 787.754.000 euros, el 7 de noviembre de 2019 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se recurre.

En su demanda, cuestiona la recurrente la legalidad de dicha resolución y afirma que:

- La CNMC vulneró los derechos de defensa de ZOSA al no otorgar trámite de audiencia.
- Falta de motivación acerca del nuevo importe en el que se fija la sanción.



- La resolución recurrida infringe los artículos 63 y 64 de la LDC y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.
- La cuantía de la multa vulnera el principio de igualdad y resulta discriminatorio.
- El porcentaje del 1,8% resulta arbitrario y desconectado de los criterios de graduación.
- La CNMC habría aplicado de manera errónea el criterio del beneficio ilícito y descarta de manera arbitraria que opere como límite de proporcionalidad.

SEGUNDO.-En relación a la supuesta indefensión que afirma la recurrente haber padecido por no concedérsele trámite de audiencia previo al dictado de la resolución que impugna, ha de decirse que es esta una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2019, recurso núm. 5246/2018, en la que se pronuncia en estos términos:

"TERCERO.- En estrecha relación con lo anterior, se plantea en el presente recurso de casación la cuestión de si es preciso otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados antes de dictar la resolución por la que se ejecuta una sentencia que obliga a recalcular el importe de la multa con arreglo a los criterios sentados en la propia resolución judicial.

La recurrente alega la infracción de los artículos 134.3 y 135 de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y 42.3 de su Reglamento, por omisión del trámite de audiencia con resultado de indefensión. Pues bien, la respuesta a este motivo de impugnación está estrechamente vinculada a las consideraciones que hemos expuesto en el apartado anterior.

Con carácter general cabe señalar que el trámite de audiencia únicamente sería necesario en caso de que para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia fuese necesario abordar cuestiones no debatidas en el proceso o requiriese la realización de operaciones sobre las que hubiese algún margen de apreciación, no determinado en sentencia, pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada. Pero de nada ello hay constancia en el caso que estamos examinando pues la recurrente no ha justificado que para fijar la nueva cuantía de la multa la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya abordado cuestiones ajenas a lo debatido en el proceso o realizado operaciones y cálculos sobre los que existiese algún margen de apreciación no delimitado en sentencia y sobre los cuales, por tanto, la parte interesada debiera haber tenido ocasión de manifestar su parecer.

En efecto, hemos visto que el cumplimiento de la sentencia que anuló la anterior resolución sancionadora no exigía que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia iniciase y tramitase un nuevo procedimiento, pues, sencillamente, la sentencia ordenaba que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados. Y también hemos visto que nuestra sentencia de 29 de septiembre de 2015 no se limita a remitirse los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 sino que se detiene a explicar, 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 legalmente establecidos; y señala asimismo la sentencia diversas circunstancias que han de tomarse en consideración para cuantificar la multa.

Por tanto, los criterios que debían seguirse para la cuantificación de la multa formaron parte del debate y fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia. Y, siendo ello así, el cabal cumplimiento de lo ordenado no exigía un nuevo trámite de audiencia en vía administrativa pues la cuestión ya había sido objeto de pronunciamiento jurisdiccional.

Ello sin perjuicio de que, como ya hemos señalado, si la recurrente entendía que la CNMC no había dado adecuado cumplimiento a lo resuelto en la sentencia podía impugnar la nueva resolución, bien promoviendo a tal efecto el correspondiente incidente de ejecución de sentencia (artículos 103, apartados 4 y 5, y 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), bien interponiendo un recurso contencioso-administrativo independiente, siendo esta última la vía que eligió.

CUARTO.- De acuerdo con lo que llevamos expuesto, nuestra respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación es la que sigue:

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 Contencioso-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 doctrina fijada por el Tribunal Supremo al respecto es clara y determina la desestimación del motivo sin necesidad de otras consideraciones.

TERCERO.-En cuanto a la falta de motivación de la resolución sancionadora, es lo cierto que los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC en este caso no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados por esta Sala, ante la que se plantea 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.

Sentencias en las que se analiza, por ser de alegación constante, la falta de motivación de la sanción y la vulneración del principio de proporcionalidad, así como la infracción de los artículos 63 y 64 de la LDC y de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013.

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 la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, 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 5% por tratarse de una infracción 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 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución 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 desproporcionada.

CUARTO.-En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en la resolución recurrida, bajo la rúbrica *Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados*, los argumentos en los que se funda la cuantificación de la multa.

En efecto, indica la resolución 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 y cometida por la entidad actora es una infracción grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, lo que permite que la sanción alcance hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), es decir, 2012.

Precisa la resolución que, de acuerdo con el escrito presentado por la misma actora el 27 de marzo de 2013 y por el que daba contestación al pliego de concreción de su volumen de negocios total antes de impuestos en el ejercicio 2012, ascendió a 640.677.079 euros.



Hace, además, algunas consideraciones sobre las características del mercado afectado por la conducta (reparación y mantenimiento de elevadores, a nivel nacional) en atención a lo dispuesto en el art. 64.1.a), y declara al respecto que dicho mercado es secundario en relación con la venta e instalación de ascensores.

Destaca, por otro lado, que el volumen de negocio de la infractora en el mercado afectado durante los meses en los que participó en la conducta fue de 284.536.216 euros (art. 64.1.a). Y tras poner de relieve que una de las barreras de entrada de este mercado es la integración vertical con el mercado de instalación *"en la medida en que la instalación se configura como la principal forma de conseguir clientes para el mantenimiento y reparación"*, concluye, en relación a lo previsto en el artículo 64.1.d) del LDC que *"... ZOSA es responsable de obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores mediante el empleo de medios desleales desde el 26 de enero de 2012 hasta el 13 de noviembre de ese mismo año"*.

Advierte que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes de la responsabilidad y, después de insistir en los criterios al respecto establecidos por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015, asigna a ZOSA un tipo sancionador total del 1,8%.

En aras del principio de proporcionalidad, razona que es preciso concretar la distorsión de la competencia que se haya producido dentro del sector o mercado donde opera la entidad sancionada *"... que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados"*.

Reconoce que, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa puede conducir a una multa cuya importe no respete la necesaria proporcionalidad con la dimensión de la conducta anticompetitiva, lo que lleva a la CNMC a realizar lo que define como *"... una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión"*.

Y así supone que la multa que correspondería a la recurrente de acuerdo con la gravedad de su conducta y de su participación en la infracción es menor al límite de proporcionalidad estimado, por lo que entiende que la observancia del principio de proporcionalidad no exige justar la multa.

Sin embargo, y al constatar que la sanción que le correspondería a ZOSA por aplicación del referido tipo sancionador del 1,8% sobre su volumen de negocios total del ejercicio 2012 superaría la multa originalmente impuesta, mantiene la cuantía de esta, es decir, 2.845.362 euros, por exigencias del principio que proscribire la *reformatio in peius*.

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 ZOSA 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)"*.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o



desproporción que denuncia la parte recurrente. No puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni se abstraiga de parámetros de proporcionalidad, pues ha de insistirse en que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo siendo así que indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador.

En definitiva, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LJCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

QUINTO.-A juicio de ZOSA, la determinación de la multa infringe el principio de igualdad que garantiza el artículo 14 de la Constitución toda vez que resulta discriminatoria respecto de otras empresas sancionadas como IMEM y ENINTER, cuyos tipos sancionadores son muy inferiores pese a que el grado de participación de las mismas en la infracción sería cuando menos equiparable al de ZOSA, y sin que pudiera justificarse la diferencia de trato en la distinta duración de las conductas porque los intervalos durante los que se produjeron los contactos de IMEM y ENINTER son apenas ocho meses y tres meses, respectivamente, inferiores al ámbito temporal de las conductas de la recurrente.

Frente a esta alegación hemos de recordar que la apreciación de una desigualdad de trato proscrita por el artículo 14 de la Constitución exige *"la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del principio constitucional es el derecho a que supuestos idénticos sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas; la identidad de las situaciones fácticas constituye, por tanto, el presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad, correspondiendo a quien lo invoca la carga de ofrecer un término de comparación válido en relación al cual debe predicarse la pretendida igualdad"*(Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 212/93, de 28 de junio).

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, y así la sentencia de 4 de octubre de 2002, recurso núm. 6293/98, declara que "Estas razones permiten llegar a la constatación de la ausencia de vulneración del artículo 14 de la Constitución ante la falta de identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que con dicho precepto constitucional se pretende es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y ante la falta del presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad ante la ley, no se ofrece un estricto término de comparación válido en relación con el cual deba predicarse la pretendida vulneración del artículo 14 de la Constitución ...". Y en la de 19 de diciembre de 2016, recurso 3795/2015, sostiene que "La igualdad en la aplicación de la ley tiene un carácter formal y persigue que no se realicen pronunciamientos arbitrarios y que se interprete la ley de forma igual para todos; principio de igualdad en la aplicación de la ley que no sólo es exigible a los órganos jurisdiccionales (siempre que exista identidad de órgano jurisdiccional: STC 126/1988, de 24 junio; 161/1989, de 16 de octubre; 1/1990, de 15 de enero), sino también a los administrativos, pues, también estos, al resolver, aplican la ley (STC 49/1982, de 14 de julio), y STS 20 de noviembre de 1985). Pues bien, respecto de tal principio de igualdad en la aplicación de la ley, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Constitucional han precisado perfectamente sus características y han establecido su delimitación, señalando al efecto que el mismo encierra y presta contenido a una prohibición o discriminación de tal manera que, ante situaciones iguales, deban darse tratamientos iguales, por lo que sólo podrá aducirse ese principio de igualdad como violado cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos quedando "enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad , que ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tiene circunstancias de todo tipo iguales..." (STS 23 de junio de 1989). Pues, "(n)o toda disparidad de trato significa discriminación, sino que es necesario que la disparidad de soluciones sea ante situaciones absolutamente iguales" (STS 15 de octubre de 1986). Esto es, que "(t)al principio ha de requerir... una identidad absoluta de presupuestos fácticos ..." (STS 28 de marzo de 1989).

En el caso que analizamos, esa identidad no tiene otra justificación que el mero criterio de la entidad actora, quien hace una interpretación propia de la actuación de dichas empresas de la que concluye que, pese a tener una actividad equiparable en cuanto al número de comunicaciones enviadas, y una participación en la conducta escasamente más corta, fueron sancionadas con una multa muy inferior.

Sin embargo, en modo alguno existe prueba de esa identidad plena a la que se refiere la jurisprudencia, y el relato mismo de la recurrente pone de manifiesto que las conductas distan de ser idénticas. Lo que impide pueda afirmarse que ha existido la supuesta discriminación.



SEXTO.-Por último, la demandante sostiene que la CNMC aplica erróneamente el criterio del beneficio ilícito, además de descartar, a su juicio de manera injustificada, que opere como límite de proporcionalidad.

En opinión de ZOSA, dicho beneficio sí actuaría como límite de proporcionalidad, y ello porque la CNMC lo habría calculado de forma arbitraria situándolo en una cifra que califica de totalmente desproporcionada.

A continuación, lleva a cabo unos cálculos que reflejan como debería calcularse dicho beneficio, arrojando un importe sustancialmente inferior.

Debemos advertir, sin embargo, que la proporcionalidad de la multa ha quedado suficiente motivada conforme a lo que hemos razonado antes, por lo que no es necesario llevar a cabo ajustes de proporcionalidad con arreglo a otros criterios como el beneficio ilícito, tal y como lo expone la misma resolución.

Por otra parte, los criterios de cuantificación que aplica la actora para fijar dicho beneficio obedecen a su propia consideración, y no hay una razón objetiva que justifique sustituir por estos los utilizados por la CNMC, que aparecen explicitados también en la resolución recurrida (que lleva a cabo una estimación "... bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta..."; precisando que "Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España").

Sin olvidar, en fin, que a la cifra de beneficio ilícito obtenida por cualquiera de los métodos habría que añadir un factor de disuasión, que no ha considerado en sus cálculos la recurrente.

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 la Procuradora D^a Crstina Gramage López en nombre y representación de **ZARDOYA OTIS, S.A., (ZOSA)**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el expediente VS/0410/12 ASCENSORES-2 mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.845.362 euros en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expte. S/0410/12 ASCENSORES-2) 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 imposición 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.