



Roj: **AAN 9204/2022 - ECLI:ES:AN:2022:9204A**

Id Cendoj: **28079230062022201122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2022**

Nº de Recurso: **2488/2021**

Nº de Resolución: **1529/2022**

Procedimiento: **Pieza de medidas cautelares**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6**

**MADRID**

AUTO: 01529/2022

-

**Modelo:** N35300

C/ GOYA N 14

**Teléfono:** 91 400 7303/302/269 **Fax:**

**Correo electrónico:**

**Equipo/usuario:** MCM

**N.I.G:** 28079 23 3 2021 0018849

**Procedimiento:** PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0002488 /2021 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002488 /2021

**Sobre:** MULTAS Y SANCIONES

**De D./ña.** SACYR S.A., SACYR CONSERVACIÓN, S.A.U.

**ABOGADO ,**

**PROCURADOR D./D<sup>a</sup>.** GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO, GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO

**Contra D./D<sup>a</sup>.** CNMC

**ABOGADO DEL ESTADO**

**A U T O**

**ILMA. SRA. PRESIDENTE**

BERTA SANTILLÁN PEDROSA

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

RAMÓN CASTILLO BADAL

En MADRID, a veinticinco de octubre de dos mil veintidós.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Mediante escrito de 29 de octubre de 2021, la entidad actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada con fecha 17 de agosto de 2021, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0013/19, *Conservación carreteras*, en la que se considera a SACYR CONSERVACION y otras empresas responsables de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se declara a SACYR CONSTRUCCIÓN S.A.U. y solidariamente a su matriz SACYR S.A. responsable y se le impone una sanción pecuniaria por importe total de 5.172.460 euros. Además se acuerda remitir una certificación de la Resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a efectos de que se determine, mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la duración y el alcance de la prohibición de contratar con la Administración Pública por infracciones en materia de falseamiento competencia. Solicitando en dicho escrito por otrosí la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la referida multa, así como de lo resuelto en la misma sobre la prohibición de contratar.

**SEGUNDO.-** De esta petición se dio oportuno traslado al Abogado el Estado con el resultado que obra en autos.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dispone el artículo 130.1 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición recurrida pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

La regla general, por tanto, es la de la ejecutividad de los actos administrativos que deriva, según reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, del principio de eficacia de la actuación administrativa - artículo 103.1 de la Constitución-, y del de presunción de validez de los actos de la Administración - artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-.

La posibilidad de la suspensión como excepción a esos principios se apoya en la consideración de la justicia cautelar como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva cuando aquella ejecutividad inmediata pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, o cuando con ella se generen perjuicios de imposible o muy difícil reparación.

Esa apreciación, en el caso de sanciones económicas como la que ahora nos ocupa, debe hacerse teniendo en cuenta que, como dice el Tribunal Supremo en su Auto de 14 de junio de 2012, *"de resultar favorable la sentencia a la tesis del recurrente, al tratarse de una sanción económica, la reposición es fácilmente alcanzable..., salvo que se hubiera justificado una situación económica que hiciera inviable la continuidad de la actividad empresarial por tener que abonar el importe de la multa..."*.

Se remite en esto al Auto de la misma Sala Tercera de fecha 21 de diciembre de 2011, dictado en el recurso directo 753/2011, donde se razona lo siguiente: *"Si la existencia de perjuicios de difícil reparación a quien recurre justifica la suspensión de la inmediata ejecutividad del acto sancionador, no cabe olvidar su contrapartida, esto es, que la medida cautelar tampoco debe poner en riesgo el derecho de la Administración a cobrar el importe debido, para el caso de que sus actos resultaran conformes al ordenamiento jurídico, según dispone el artículo 133.1 de la Ley Jurisdiccional. Esta Sala ha accedido a la solicitud de paralizar la entrega de las cantidades administrativamente exigidas a las personas o empresas cuando el pago inmediato de aquéllas (especialmente si eran de considerable cuantía) podía causarles perjuicios directos difícilmente reversibles. En tales supuestos la Sala ha otorgado la suspensión cautelar a las demandantes previa prestación por ellas de la caución necesaria para garantizar que las referidas cantidades serán finalmente puestas a disposición de la Administración, si es que la sentencia corroborase la validez del acuerdo que así lo exige. Hemos mantenido, en efecto, de modo constante la exigencia de afianzamiento para evitar los eventuales perjuicios al Tesoro que podrían derivarse de la insolvencia de la persona o empresa obligada al pago de las correlativas deudas a favor de aquél. Los intereses generales objeto de ponderación se respetan mediante la exigencia de garantías que eviten a la postre la pérdida de los ingresos públicos objeto de litigio, en tanto se dicte sentencia. La evaluación de los intereses en juego hace que, cuanto más elevado sea el riesgo de que la Administración deje de ingresar el importe debido por la sanción, más preciso resulte el afianzamiento del pago como contracautela de la suspensión del acto impugnado. De otro modo, ni se evitarían ni se paliarían los eventuales efectos desfavorables para el erario público, consecutivos a la situación patrimonial de una sociedad que, según sus propias manifestaciones en la pieza cautelar, tiene serias dificultades financieras"*.

**SEGUNDO.-** Es precisamente la magnitud de los perjuicios que se irrogarían a la recurrente con la ejecución de la multa, que relaciona con la pérdida de finalidad legítima del recurso, uno de los argumentos en los que justifica su pretensión cautelar al destacar que:



...la multa impuesta supera con creces la cifra de su beneficio neto en el ejercicio 2020, suponiendo aproximadamente un 109% del mismo.

Además, el importe de la multa excede el importe de la tesorería actual de SAC. CONS, por lo que su pago inmediato dejaría a la empresa sin liquidez y con dificultad de acudir a otras fuentes de financiación para hacer frente a ella.

Expone que tendría difícil acudir a financiación ajena adicional, ya que su ratio de apalancamiento (Deuda Neta/ (Deuda Neta + Patrimonio Neto)) se sitúa en el 28%, y su ratio de endeudamiento (Pasivo Total / Activo Total) en un 61%, esto es debido a que SAC. CONS. tiene importantes compromisos de pago como consecuencia de las deudas con entidades de crédito por valor cercano a los 6 Millones de euros, fruto de los arrendamientos financieros que tiene formalizados la Sociedad, y deudas por préstamos subvencionados en 5,3 Millones de euros, otorgados por distintos organismos para la realización de proyectos de I+D+i.

Añade que SAC. CONS. tiene el compromiso de acometer una serie de inversiones para el ejercicio 2021 en un importe aproximado de 1,7 Millones de Euros, fruto de diversos contratos adjudicados recientemente, así como de la renovación de maquinaria prevista en sus contratos, tanto con organismos públicos como privados. Por esa razón, el pago inmediato de la sanción pondría en riesgo la ejecución de dichas inversiones, con graves consecuencias en los ámbitos contractual y reputacional.

Finalmente, que en el ejercicio 2020 SAC. CONS. solicitó y obtuvo el aplazamiento del pago de los Seguros Sociales a la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que supone la amortización de dicha deuda cuantificada en 653.251,38 euros durante el ejercicio 2021.

Aporta para ello las Cuentas Anuales cerradas a 31 de diciembre de 2020 de Sacyr Conservación S.A.U., auditadas y depositadas en el Registro Mercantil de Madrid ( Doc. nº 6), los Estados Financieros de la entidad a 30 de junio de 2021 ( Doc. nº 7), un archivo ilustrativo de los ratios financieros actualizados de SAC. CONS. y del impacto de la ejecución inmediata de la sanción económica impuesta, elaborado a partir de los estados financieros de la empresa (doc. nº 8) y varios certificados bancarios con saldos no superiores a los 863.000 Euros (doc. nº 9).

Por otro lado, respecto a la decisión de remitir una certificación de la Resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública a los efectos de lo previsto por el artículo 72.3 LCSP destaca el importante riesgo para la viabilidad de la actividad de la empresa, por lo que solicita asimismo la suspensión.

Finalmente, en cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, la entidad recurrente ampara la petición cautelar en que, de la necesaria valoración de los intereses enfrentados, se ha de seguir necesariamente que en nada se perjudica al interés general con la suspensión interesada.

**TERCERO.**- A la vista de los datos económicos expuestos que revelan la dificultad de hacer frente al pago de la multa sin desatender las obligaciones de la empresa que pondrían en efectivo riesgo a la empresa considera la Sala que la conveniencia de la suspensión aparece suficientemente justificada desde la perspectiva de los intereses en conflicto a que se refiere el transcrito artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional, si bien ello conlleva la necesidad de salvaguardar asimismo el interés general con la exigencia de una garantía bastante que asegure el pago de la multa y, de este modo, la indemnidad del erario público en caso de un pronunciamiento final desestimatorio del recurso.

La suspensión alcanza al pronunciamiento de la resolución recurrida relativo a la remisión de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a fin de determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar.

A juicio de la Sala, el hecho de que la duración y alcance quede diferido a ese procedimiento posterior no significa que la resolución no contenga ya una prohibición de contratar, inmediatamente ejecutiva al margen de su concreción posterior.

A la hora de ponderar los intereses en conflicto debemos tener en cuenta que dados los tiempos actuales de resolución de la Sala los efectos de la prohibición de contratar se habrían agotado antes de que la Sala hubiese dictado sentencia, es decir, la actora se habría visto impedida de la posibilidad de contratar con la Administración o con empresas privadas que contemplan la posibilidad de rescindir contratos con aquellas empresas afectadas por tal prohibición con un resultado difícilmente reversible a posteriori, lo que justifica también la suspensión cautelar de ese pronunciamiento de la resolución recurrida.

Este planteamiento favorable a la suspensión de la prohibición de contratar supeditado a la necesaria ponderación de los intereses concurrentes ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021.



**CUARTO.-** Se dice asimismo en la solicitud de suspensión cautelar que la pretensión anulatoria reviste una apariencia de buen derecho que ha de conducir a la estimación de su pretensión porque la resolución sancionadora de la CNMC incurre en las infracciones y defectos antes transcritos.

La doctrina del Tribunal Supremo elaborada en torno a la valoración del "fumus boni iuris" como criterio de necesaria ponderación al plantearse la posibilidad de la suspensión del acto recurrido se abordaba ya, entre otras muchas, en la Sentencia de 27 de febrero de 1996 al señalar que *"la doctrina de la apariencia del buen derecho significa, según repetidas declaraciones jurisprudenciales, (Autos de 20 de diciembre de 1990 y 12 de enero y 23 de abril de 1991) que cuando el recurso contencioso-administrativo interpuesto viene de antemano justificado de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final que haya de adoptarse, puede de una manera ostensible entenderse que habrá de ser estimado, la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, que es también una tutela cautelar cuando resulta procedente, demanda la suspensión del acto combatido, basada en la apariencia de buen derecho del recurso promovido..."*.

El Auto de 23 de marzo de 2015 se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos: *"La apariencia de buen derecho ( fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La Ley de la Jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito ( AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".*

Lo cierto es que las razones en las que pretende justificarse por esta vía la suspensión se refieren a circunstancias que inciden de modo directo en el fondo del asunto y que resultan, en este trámite en que nos encontramos, insuficientes para suspender la resolución impugnada por cuanto la referida "apariencia de buen derecho", capaz de suspender la ejecución del acto recurrido sólo es de aplicación cuando se evidencian datos objetivos muy relevantes que pongan de manifiesto al margen de un juicio de fondo extraño a este incidente la abierta ilegalidad del acto, no se aprecian en el caso que nos ocupa.

Sin que con ello se prejuzgue en modo alguno el fallo definitivo por cuanto las consideraciones y fundamentos recogidos en su día en la demanda habrán de ser objeto de cumplido examen en los autos principales, no resultando posible su análisis dentro del estrecho cauce de este incidente cautelar.

**QUINTO.-** No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en este incidente cautelar.

En su virtud, la Sala acuerda,

## PARTE DISPOSITIVA

Suspender la ejecución de la Resolución dictada con fecha 17 de agosto de 2021, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el expediente S/0013/19, Conservación carreteras, en la que se considera a SACYR CONSERVACION S.A.U. y otras empresas responsables de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se declara a SACYR CONSERVACIÓN S.A.U. y solidariamente a su matriz SACYR S.A. responsable y se la impone una sanción pecuniaria por importe total de 5.172.460 euros, así como en lo relativo a la medida consistente en la prohibición de contratar; suspensión que se condiciona a que por el recurrente se aporte garantía en forma de aval bancario u otra admisible en Derecho por el referido importe, una vez que



sea aceptada y debidamente constituida en el plazo de dos meses siguientes a la notificación de la firmeza de este auto.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas con expresa indicación de que contra la misma podrán interponer recurso de reposición en el término de CINCO días a contar desde el siguiente a su notificación previa la constitución del correspondiente depósito.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen citados; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ