



Roj: **AAN 11034/2022 - ECLI:ES:AN:2022:11034A**

Id Cendoj: **28079230062022201313**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/12/2022**

Nº de Recurso: **1673/2022**

Nº de Resolución: **1784/2022**

Procedimiento: **Pieza de medidas cautelares**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

MADRID

AUTO: 01784/2022

-

Modelo: N35300

C/ GOYA N 14

Teléfono: 91 400 7303/302/269

Equipo/usuario: CMG

N.I.G: 28079 23 3 2022 0014664

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0001673 /2022 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001673 /2022

Sobre: MULTAS Y SANCIONES

De FCC CONSTRUCCION, S.A.

PROCURADOR ALBERTO HIDALGO MARTINEZ

Contra CNMC - COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ABOGADO DEL ESTADO

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE

BERTA SANTILLÁN PEDROSA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

RAMÓN CASTILLO BADAL

En MADRID, a veinte de diciembre de dos mil veintidós.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 6 de octubre de 2022 la entidad actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada con fecha 5 de julio de 2022, en el expediente número S/0021/20, OBRA CIVIL 2, por la cual se impuso a la empresa recurrente una sanción de multa por importe de 40.400.000



euros. En dicho escrito solicitaba, mediante otrosí, la suspensión cautelar de dicha resolución en le particular relativo al pago de la multa impuesta.

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

Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías

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"*.

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. Se refiere así a la imposibilidad de hacer frente al pago de la multa con recursos propios, "... dado que el importe de tesorería disponible (teniendo en cuenta el saldo disponible, el líquido con escasa disponibilidad y el saldo de tesorería no disponible), asciende a tan solo 18,6 millones de euros", por lo que tendría que recurrir a financiación externa.

Argumenta en torno al empeoramiento de la situación financiera y a las consecuencias que ello tendría en la marcha de la empresa, incidiendo en el coste de oportunidad derivado de la ejecución.

Acompaña con su solicitud las cuentas anuales e informe de gestión del ejercicio da 31 de diciembre de 2019, un informe técnico sobre el impacto económico financiero que generaría el pago de la sanción impuesta,



así como informe pericial de auditoría de cuentas anuales a 31 de diciembre de 2020 emitido por auditor independiente,

Por otra parte, y 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.

Pues bien, y siendo exclusivamente económico el alcance de la medida, cabe considerar que dicho interés se salvaguarda con la exigencia de una garantía bastante que asegure el pago de la multa y con ello la indemnidad del erario público en caso de un pronunciamiento final desestimatorio del recurso. Garantía que expresamente se ofrece y que justifica que se acoja tal petición - suspensión previa constitución de aval o garantía suficiente-.

SEGUNDO.- Esta solución debe prevalecer sobre la posible suspensión sin garantía precisamente por la necesidad de garantizar los intereses públicos afectados, y sin que a ello obste la alegación que la entidad recurrente formula en relación a la apariencia de buen derecho que, a su juicio, reviste la pretensión anulatoria, y que debería conducir a la estimación del recurso. Alude así a las irregularidades producidas durante la instrucción del expediente que han producido vulneración del derecho de defensa, a la errónea calificación de su conducta, o a la falta de motivación suficiente del cálculo de la multa impuesta.

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)".*

Las razones en las que pretende justificarse por esta vía la suspensión se refieren, como anticipábamos, a circunstancias que afectan al fondo del asunto, y resultan, en este trámite en que nos encontramos, insuficientes para suspender la medida controvertida por cuanto la referida "apariencia de buen derecho", capaz de detener la ejecución del acto recurrido sólo 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 existe 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.



TERCERO.- No procede hacer expresa imposición de las costas de este incidente.

En su virtud, la Sala acuerda,

PARTE DISPOSITIVA

Suspender la ejecución de la Resolución dictada con fecha 5 de julio de 2022 en el expediente número S/0021/20, OBRA CIVIL 2, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el particular relativo a la multa impuesta a la entidad actora por importe 40.400.000 euros; 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./Ilmas. Sres./Sras. al margen citados; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS