



Roj: **SAN 709/2023 - ECLI:ES:AN:2023:709**

Id Cendoj: **28079230062023100082**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/02/2023**

Nº de Recurso: **115/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000115/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00898/2019

Demandante: COMANAV S.A, CMA-CGM S.A

Procurador: D. JUAN CARLOS ESTEVEZ FERNANDEZ-NOVOA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de febrero de dos mil veintitrés.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo nº **115/2019**, interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, en representación de **COMANAV S.A.** contra la desestimación presunta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por aquella del abono de los gastos generados por el aval bancario depositado como condición para suspender cautelarmente el pago de la multa impuesta por la CNMC (*expte S/0331/11 Navieras Marruecos*), por importe de 13.834.519 Euros, y que posteriormente anuló la Audiencia Nacional por sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rec. 2/2013.

Ha sido demandada en las presentes actuaciones la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, estando representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por la representación del recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 23 de enero de 2019, acordándose, una vez subsanado el defecto de apoderamiento y mediante decreto de 30 de enero siguiente, su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno el actor formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, solicitó se dictara sentencia por la que:

" estimando la demanda revoque y anule la resolución impugnada y condene y declare la responsabilidad de la administración demandada por el funcionamiento anormal de los servicios públicos e indemnice a mi mandante en los términos indicados con 447.665,17 euros más los intereses legales generados desde la reclamación en vía administrativa."

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara íntegramente la resolución administrativa impugnada, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 23 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración demandada. Se fijó la cuantía del procedimiento en 389.838,69 euros, sin perjuicio de lo que se acuerde definitivamente en sentencia. Asimismo, se tuvo por aportado por el Sr. Abogado del Estado el dictamen del Consejo de Estado con entrega del mismo a la parte contraria.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del recurso el día 1 de febrero de 2023, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo sr. Magistrado D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por COMANAV S.A del abono de los gastos generados por el aval bancario depositado como condición para suspender cautelarmente el pago de la multa impuesta por la CNMC (*expte S/0331/11 Navieras Marruecos*), por importe de 13.834.519 Euros, y que posteriormente anuló la Audiencia Nacional por sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rec. 2/2013.

Son hechos relevantes para el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa los siguientes.

Con fecha 7 de noviembre de 2012, fue dictada por el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), resolución en el expediente S/0331/11 NAVIERAS MARRUECOS, en el que sancionó entre otras, con una multa de 13.834.519 euros a CMA-CGM SA, COMANAV S.A y COMANAV FERRY S.A., de los que ésta última es responsable solidaria hasta un importe de 2.905. 410 euros, por una infracción del artículo 1 de la LDC.

Contra la referida resolución COMANAV, S.A y CMA-CGM S.A, interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, y solicitaron como medida cautelar la suspensión del pago de la sanción impuesta.

Mediante Auto de 19 de febrero de 2013, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la multa impuesta por la CNC a COMANAV, S.A y CMA-CGM, S.A, condicionada a la prestación de caución mediante aval bancario o cualquier otra garantía admitida en derecho.

COMANAV SA y CMA-CGM, S.A constituyeron aval bancario por importe de 13.834.519 euros, siendo declarado suficiente mediante Providencia de 24 de abril de 2014.

Con fecha 1 de diciembre de 2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que estimó el recurso interpuesto por CMA-CGM SA y COMANAV SA anulando la sanción impuesta, siendo notificada a la recurrente el 7 de diciembre de 2016.

Con fecha 22 de diciembre de 2016, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el levantamiento de la garantía presentada por CMA-CGM, S.A y COMANAV, S.A al objeto de minimizar el importe de los intereses correspondientes a dicho aval.

Con fecha 11 de enero de 2017, la Audiencia Nacional dictó Providencia ordenando la devolución del referido aval.



Con fecha 2 de febrero de 2017, se dictó Decreto por la Letrada de la Administración de Justicia declarando la firmeza de la sentencia al haber transcurrido el plazo de 30 días sin haberse presentado escrito de preparación de recurso de casación, siendo notificada a COMANAV el 3 de febrero de 2017.

Con fecha 1 de febrero de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC reclamación de responsabilidad patrimonial de COMANAV, S.A y de CMA-CGM, S.A en el que solicitó una indemnización por importe de 389.838,69 euros, más los intereses legales correspondientes a los gastos derivados del aval bancario constituido a efectos de suspender judicialmente la ejecución de la sanción impuesta por la CNC en la Resolución de 7 de noviembre de 2012.

Con fecha 27 de marzo de 2018, la CNMC, remitió propuesta de inadmisión de la reclamación por extemporaneidad del recurso al considerar que el conocimiento de la firmeza de la sentencia constituye el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, y no la fecha de devolución de los gastos de devolución de aval, como sostenían los reclamantes.

El Consejo de Estado emitió dictamen de 28 de febrero de 2019, en el que considera que en el presente caso, estamos ante un supuesto de daños continuados (permanente generación de intereses hasta la fecha de devolución del aval, que se produjo el 2 de febrero de 2017), por lo que la reclamación interpuesta el 1 de febrero de 2018 entiende debe considerarse en plazo y tras analizar el resto de los requisitos concluye que procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por COMANAV, SA y CMA-CGM, S.A e indemnizar a tales entidades con la cantidad de 389.838,69 euros.

SEGUNDO.- En su demanda, la entidad recurrente expone que no puede empezar a correr el plazo de prescripción hasta que la parte reclamante no tiene conocimiento de que la sentencia ha ganado firmeza lo que en este caso se produce el 3 de febrero de 2017. Por lo tanto, el plazo de prescripción concluía el 4 de febrero de 2018 y habiéndose interpuesto el 1 de febrero de 2018 lo fue dentro de plazo.

Seguidamente analiza los requisitos de la responsabilidad patrimonial y destaca que el aval surgió como consecuencia del acto posteriormente anulado, la sanción impuesta y se encuentra íntimamente vinculado al mismo pues de no haberse dictado la resolución anulada la actora no habría tenido que constituir el aval. Por lo tanto, la presentación del aval fue consecuencia directa de la actuación de la administración.

El daño sufrido por el coste de mantenimiento del aval fue de 447.665,17 euros, desde su constitución hasta la fecha de su devolución el 2 de febrero de 2017, daño efectivo.

El daño es antijurídico pues la anulación de la sanción viene determinada por el uso de pruebas obtenidas a raíz de inspecciones que estaban viciadas, en concreto, las órdenes de inspección no contenían los elementos requeridos por el art. 40 de la ley 15/2007 y 13 de su reglamento, daño que la actora no tiene el deber jurídico de soportar.

Concluye afirmando la inexistencia de fuerza mayor que exonere de responsabilidad a la Administración.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda plantea, en primer lugar, la inadmisibilidad de la cantidad reclamada en lo que excede de lo pedido en vía administrativa porque la actora añade en la demanda 57.726,48 € a los 389.838,69 € reclamados inicialmente incurriendo en una desviación procesal.

Seguidamente, plantea que la reclamación se interpuso fuera del plazo del año establecido en el art. 67 de la Ley 39/2015.

En relación con la determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción de un año de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa, pese a que el precepto habla de "sentencia definitiva", la jurisprudencia ha venido considerando que el derecho a reclamar prescribe desde que la sentencia hubiera devenido firme (entre otras, SSTS de 24 de julio de 2013 y 18 de abril de 2000).

La jurisprudencia sólo ha exceptuado esta regla en los casos en que en el momento de dictarse sentencia no se ha producido aún el daño, y éste se conoce sólo cuando la sentencia se ejecuta (puede verse en este sentido, la STS 24 julio 2013; rec. 3500/2012; casación para unificación de doctrina1).

Sin embargo, en el presente caso, no estamos en presencia de daños continuados o que se produzcan con posterioridad, sino que la propia sentencia anulatoria supone la terminación del perjuicio por sí misma y, por lo tanto, a la fecha de su firmeza la etiología de los daños está plenamente determinada en su doble aspecto material y jurídico. De situarse el inicio del cómputo como pretende la recurrente, en el momento de devolución del aval, quedaría en manos del reclamante la determinación del dies a quo del ejercicio de la acción, lo que no resulta ser la intención del legislador.



Entiende por ello, que la reclamación es extemporánea porque la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria y firme del recurso interpuesto por COMANAV, SA y CMA-CGM, S.A , el 1 de diciembre de 2016 y la reclamación de responsabilidad patrimonial fue presentada el 1 de febrero de 2018, fuera del plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015.

En segundo lugar, destaca la ausencia de antijuridicidad del daño porque la anulación en vía contenciosa de la resolución de la CNC de 7 de noviembre de 2012, en el expediente S/ 0331/11 NAVIERAS MARRUECOS, no deriva ningún efecto automático en materia de responsabilidad patrimonial, siendo necesario analizar en cada caso si concurren o no los presupuestos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad de la Administración.

Reconoce que existe una lesión económica ocasionada a las recurrentes por los gastos de constitución y mantenimiento de aval, pero se trata de un daño que se tiene el deber jurídico de soportar, toda vez que la actuación de la CNC se mantuvo dentro de unos márgenes razonados y razonables, por lo que la Resolución de la CNC, pese haber sido anulada, no carece en absoluto de motivación o racionalidad.

CUARTO.- La responsabilidad patrimonial del Estado se contempla en el art. 106.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP y, en lo que se refiere al procedimiento, por la LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, rec. 5006/2016, de 11 de julio de 2016, rec. 1111/2015 y 25 de mayo de 2016, rec. 2396/2014 requiere:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, debiendo entenderse, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 rec. 1777/2016 " *que no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto o norma causante del daño, sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto imponga o no al perjudicado esa carga patrimonial singular de soportarlo. Es decir, la antijuridicidad no aparece vinculada al aspecto subjetivo del actuar antijurídico, sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, pero entendido en el sentido de que no exista un deber jurídico del perjudicado de soportarlo por la existencia de una causa de justificación en quien lo ocasiona, es decir, la Administración.*

Expuestos los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración debemos comenzar examinando la desviación procesal en que incurre la actora, según el Abogado del Estado, al incrementar en la demanda la cuantía de lo reclamado en la vía administrativa.

Así, la STS de 11 de diciembre de 2019, rec. 6651/2017 respecto a la cuantificación de la pretensión ejercitada había dicho que:

&q uot;...el carácter revisor de esta jurisdicción solo resulta fundado y atendible "cuando quepa afirmar que lo pretendido en el proceso es algo distinto y ajeno a lo que fue pedido a la Administración y a las consecuencias o efectos jurídicos derivados de tal petición", y tras referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la interpretación y aplicación de las causas de inadmisión del recurso jurisdiccional deja de ser constitucionalmente lícita cuando es excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que la causa preserva y los intereses que con ello se sacrifican, establece que:

" No se incurre en desviación procesal cuando la parte pretende en su demanda un pronunciamiento que acoja o estime las consecuencias o efectos jurídicos que se incluyeron en la reclamación administrativa y que derivan de la misma causa de pedir, aunque tales consecuencias o efectos hayan disminuido o aumentado cuantitativamente por razón del tiempo que transcurrió entre la fecha de la reclamación y la fecha en que es presentada la demanda."

Asimismo, en las sentencias de 13 de mayo de 2020, recs. 4008/16, 4125/2016, y 3996/2016 sobre el llamado " *céntimo sanitario*", se declara que " *la concreción del quantum indemnizatorio en vía contenciosa no supone*



desviación procesal ni impide conocer de la pretensión formulada en supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. "

La reciente sentencia de 28 de enero de 2021, rec. 5982/2019 precisamente sobre la desviación procesal en el ámbito de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas concluye que:

"reclamada una indemnización en vía administrativa en evaluación de responsabilidad patrimonial, puede ésta modificarse en su cuantía en vía judicial en cuanto responda a los mismos hechos y causa de pedir, sin incurrir por ello en desviación procesal".

Esto es lo que sucede en el presente caso en el que la suma de los gastos de aval asciende a 447.665,17 euros, tal y como relata en la demanda y analizaremos más adelante.

El hecho de que la reclamación inicial fuera por 389.838,69 € no impide reclamar en la demanda, conforme a la jurisprudencia citada, 447.665,17 euros, una cantidad mayor, siempre que ello responda a los mismos hechos y causa de pedir, en este caso, el abono de los gastos de constitución y mantenimiento del aval hasta la fecha de su cancelación debidamente acreditados lo que a primera vista, la parte explica y justifica el rechazo de desviación procesal.

QUINTO.- Sobre el cómputo del plazo de prescripción, debemos partir del art. 67.1 de la Ley 39/2015 en cuanto dispone que:

"1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva."

Sostiene el Abogado del Estado, que la sentencia anulatoria de la Audiencia Nacional fue notificada a la actora el 7 de diciembre de 2016 y la reclamación se formuló el 1 de febrero de 2018 de manera que habría transcurrido el plazo de un año para reclamar y la acción habría prescrito puesto que a la fecha de firmeza de la sentencia los daños estaban perfectamente delimitados en su aspecto material y jurídico.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta al respecto, la doctrina de la *actio nata*, es decir, ha estarse a la fecha en la que la acción de responsabilidad patrimonial pudo ejercitarse por la reclamante .

La sentencia de 22 de septiembre de 2021, rec.1913/2020 dice que:

"en línea con esa doctrina del TEDH, en la citada STS de 16 de febrero de 2009 se estableció que "con arreglo a un criterio jurisprudencial bien asentado [véanse las sentencias de 22 de febrero de 1993 (apelación 10161/90, FJ 1 º); 18 de abril de 2000 (casación 1472/96 , FJ 6º); 27 de febrero de 2001 (casación 7251/96, FJ 3 º); y 9 de abril de 2007 (casación 149/03 , FJ 4º)], en virtud del principio actio nata (nacimiento de la acción) el cómputo para su ejercicio sólo puede comenzar si se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos para determinar su alcance, esto es, cuando se manifiestan al afectado en su precisa dimensión los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad. Esta tesitura, en un caso como el actual, no tuvo lugar sino cuando se notificaron a las empresas recurrentes (véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 , Miragall Escolano y otros contra España, apartado 36) los pronunciamientos jurisdiccionales que, de manera definitiva y firme, declararon que las sanciones impuestas eran disconformes con el ordenamiento jurídico".

Y, en sintonía con la anterior, en la STS 662/2018 se indicó: "Aun cabe añadir a lo anterior que, como se ha dicho en varias sentencias, como la de 25 de enero de 2011 (recurso de casación nº 23732006), lo esencial para que comience a correr el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial es, como señala la sentencia del TEDH de 25 de enero de 2000 (asunto Miragall y otros contra España), el momento en que el interesado tiene conocimiento de la sentencia anulatoria del acto. Es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños. Tal criterio, lejos de desvanecer la idea capital de que el cómputo se inicia con la firmeza de la sentencia, la refuerza para incorporar la exigencia de que no sólo ha de existir una sentencia invalidatoria, sino el conocimiento por parte del afectado. Pero todo ello discurre en el ámbito del artículo 142.4 de la Ley 30/1992 , no del apartado 5".

En el presente caso, con fecha 2 de febrero de 2017, se dictó Decreto por la Letrada de la Administración de Justicia declarando la firmeza de la sentencia al haber transcurrido el plazo de 30 días sin haberse presentado escrito de preparación de recurso de casación, siendo notificada a COMANAV el 3 de febrero de 2017.



Por lo tanto, el *dies a quo* del plazo de prescripción de 1 año era el 3 de febrero de 2017, fecha en la que COMANAV, SA y CMA-CGM, S.A supieron con certeza que la resolución sancionadora había quedado anulada con carácter firme pudiendo por ello plantearse la reclamación de los gastos de aval por lo que como la reclamación de responsabilidad patrimonial fue formulada el 1 de febrero de 2018 es evidente que se interpuso en plazo no concurriendo la prescripción que invoca el Abogado del Estado.

SEXTO.- Ha de tenerse en cuenta que la acción de responsabilidad que se ejercita es la vinculada a la anulación de actos administrativos. El art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone que:

"La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización."

En relación a esta modalidad de responsabilidad patrimonial el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de marzo de 2008 ha precisado que el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada pues " *el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley* ".

En sentencia de 21 de marzo de 2018, rec. 5006/2016, ha declarado que " *en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC , su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo*".

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2020, rec.3959/2019 recuerda que " *la doctrina jurisprudencial que alude a la razonabilidad de la actuación administrativa como elemento determinante de la exclusión del carácter antijurídico del daño. Esta doctrina (reflejada ya en nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, recurso de casación 2034/93, FJ 3 º; y mantenida en otras posteriores como las de 13 de enero de 2000, rec. 7837/95, FJ 2 º; 24 de enero de 2006, rec. 536/02, FJ 3 º; 12 de septiembre de 2006, rec. 2053/02, FJ 5 º; 5 de junio de 2007, rec. 9139/03, FJ 2 º; 31 de enero de 2008, rec. 4065/03, FJ 3 º; 5 de febrero de 2008, rec. 315/06, FJ 3 º; 14 de julio de 2008, rec. 289/2007, FJ 5 º; 16 de febrero de 2009, rec. 1887/2007, FJ 5 º; ó 4 de diciembre de 2017, rec. 1388/2016 , FJ 3º, entre otras) se ha construido por la jurisprudencia al hilo de las reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones administrativas, evitando cualquier automatismo que hiciera derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración del mero hecho de la anulación de su actuación por entender que la antijuridicidad no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto que materialmente la lleva a cabo, sino a la falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla (art. 141 de la Ley 30/1992 , y art. 32.1 de la Ley 40/2015). En relación con esta cuestión atinente a la razonabilidad de la actuación administrativa, cuando esta cualidad ha de predicarse del ejercicio de potestades regladas y, más específicamente, cuando se trata del ejercicio de potestades tributarias, que es el ámbito en el que aquí nos movemos, hemos tenido ocasión de advertir que «[También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. Esta idea cobra especial fuerza tratándose de la Administración tributaria, a la que el constituyente y el legislador demandan una actitud activa consistente en, como ya hemos apuntado, comprobar, investigar, inspeccionar y, si procede, corregir los hechos de los administrados con trascendencia fiscal.» (STS de 14 de julio de 2008, rec. 289/2007 , FJ 5).*

Así pues, conforme a esta doctrina, la responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa, sino que es preciso valorar en cada caso si tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso."

SÉPTIMO.- De conformidad con esa doctrina, si acudimos a la sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 2016, rec. 2/2013 vemos como a la hora de resolver sobre la validez del acuerdo sancionador, la razón de decidir de la sentencia se funda en los datos obtenidos en inspecciones llevadas a cabo por la Dirección de Investigación que fueron después anuladas por el Tribunal Supremo en tres sentencias de 1 de junio de 2015 que declararon la ilicitud de las Ordenes de investigación de la CNMC de 3 y 12 de mayo de 2010 al entender que las Ordenes de investigación impugnadas no delimitaban, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa



de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento mencionado, las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto.

A la vista del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre las órdenes de investigación que amparaban las inspecciones practicadas la sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 2016, rec. 2/2013 razona que:

"El examen de los datos expuestos arroja dos conclusiones relevantes sin duda para determinar si procede o no aplicar la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2015 .

La primera, que los documentos obtenidos como consecuencia de las inspecciones realizadas bajo el amparo de las Órdenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 han sido tomados en consideración por la Comisión Nacional de la Competencia para fijar los hechos probados que, a la postre, determinaron la sanción recurrida. Los datos que reflejan tales documentos son de referencia continua cuando la resolución de 7 de noviembre de 2012 delimita los hechos de cargo.

Y la segunda, que la misma resolución sancionadora no discierne, como exige el Tribunal Supremo, y a la hora de fijar los hechos probados y determinar la responsabilidad de la sancionada que de los mismos pudiera derivarse, entre los datos obtenidos ilícitamente por consecuencia de las inspecciones inválidas y el resto de las pruebas, sino que, como dicen las sentencias de referencia, " se apoya en el conjunto de datos que consideraba válidos". De hecho, al determinar la responsabilidad de la actora, la resolución se limita a declarar, como vimos, que "Ha quedado acreditado que CMA-CGM, Comanav SA participaron en reuniones y adoptaron los acuerdos anticompetitivos descritos en los Hechos Acreditados...

Teniendo en cuenta el artículo 61 LDC , se considera que la conducta anticompetitiva descrita en el Fundamento de Derecho TERCERO de esta Resolución es imputable a Comanav SA desde enero de 2002 hasta febrero de 2009. Las compañías han realizado la conducta operando en las líneas Algeciras-Tanger/ Ville, Algeciras-Tanger/ Med y Almería-Nador" .

El esfuerzo de la Comisión al describir la existencia de "una infracción única y continuada acreditada por los documentos obrantes en el expediente", dentro del fundamento de Derecho tercero, "Sobre la ilicitud de la conducta", tropieza con la misma carencia al remitirse de manera indiferenciada a distintos documentos y, entre ellos, a algunos de los contaminados por las Órdenes anuladas.

La consecuencia no puede ser otra que la que prevé el Tribunal Supremo cuando advierte que "... así las cosas, debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo".

Entendemos que ello obliga a estimar el recurso en los mismos términos, pues el defecto aquí es idéntico y arrastra la invalidez, de acuerdo con el criterio del mismo Tribunal Supremo, del acto administrativo cuya legalidad revisamos ahora. El alto Tribunal critica también, con carácter previo a esa conclusión y con el efecto de casar la sentencia de instancia, que la Sala hubiera hecho una valoración conjunta de todo el material probatorio, y dice así lo siguiente: " En efecto, la Sentencia de instancia ha efectuado una valoración conjunta del material probatorio en la que resulta indiscernible el peso que la Sala juzgadora ha otorgado a los documentos provenientes de las distintas fuentes (inspecciones en sedes de Trasmediterránea y de Balearia, declaraciones y documentos aportados en la solicitud de clemencia de Balearia) así como el eventual sesgo que pudieran tener las declaraciones ofrecidas por Balearia en el curso de su solicitud de clemencia, y ello a pesar de que se indiquen el origen de los distintos documentos y datos. Así pues, la imposibilidad de separar el peso y relevancia respectiva otorgados por la Sala de instancia a los datos inextricablemente enlazados entre sí, y el hecho cierto que a los obtenidos en las inspecciones de las sedes de Trasmediterránea no es posible otorgarles valor alguno, hacen que se produzca la insuficiencia probatoria aducida por la recurrente".

En el presente caso, y a diferencia del enjuiciado entonces, llegamos a la conclusión de que la resolución sancionadora debe ser anulada por los motivos expuestos, por lo que la valoración de ese material probatorio se ha centrado en determinar si los datos obtenidos lícita e ilícitamente han sido considerados en su conjunto o de manera individualizada para justificar la declaración de responsabilidad y la consiguiente sanción, tal y como se ha razonado. Es evidente que, alcanzada esa conclusión, previa en el proceso lógico de enjuiciamiento, con la consecuencia obligada de la revocación del acto recurrido, no procede llevar a cabo una valoración de la prueba que discrimine los datos obtenidos lícitamente para así llegar a determinar si la entidad afectada pudiera estar incurso en responsabilidad, lo que obviamente excede de las funciones de este Tribunal."

Como vemos, la resolución sancionadora fue anulada porque se basaba en pruebas obtenidas en inspecciones que fueron anuladas. La recurrente tuvo que aportar una garantía para obtener la suspensión cautelar de una



resolución sancionadora que fue anulada por la ilicitud de las pruebas que la sustentaban. El coste de la garantía para obtener la suspensión genera un daño antijurídico que la recurrente no tiene el deber jurídico de soportar.

En la sentencia de 28 de enero de 2022, rec.433/2016, hemos dicho que

"..... En este sentido, en nuestra sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017 dictada en el recurso nº 340/2016, en el que precisamente se postulaba el abono de los gastos derivados de la constitución del aval, bien que con la finalidad de garantizar la medida de la suspensión respecto a un acto sancionador -pero cuyos argumentos sirven ahora por evidentes razones de analogía-, señalábamos que tales gastos habrán de ser resarcidos cuando se logra con éxito la anulación del acto impugnado, recogiendo entonces la sentencia de la Sección 2ª de la Sala homónima del Tribunal Supremo de fecha 9 abril 2015, en la que se lee:

"Por lo demás, está consolidada una amplia doctrina jurisprudencial (SSTS de 2-07-1998 (RJ 1998, 6059); 18-12-1998 (RJ 1999, 262); 13-03-1999 (RJ 1999, 3151), entre otras) según la cual cuando el acto administrativo resulta anulado, los gastos bancarios del aval prestado para obtener la suspensión cautelar de su ejecutividad representan un daño que el administrado no debe soportar, pues se ve obligado a ello para mantener indemne su patrimonio frente al acto ilegal. El nexo causal indemnizatorio está aquí representado por la relación entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (práctica de una liquidación tributaria incorrecta) y el daño causado al ciudadano (sea el interés legal de la cantidad ingresada, el rendimiento de los valores públicos depositados o el coste del aval o fianza bancaria). [...] Por lo que procede acceder a la pretensión de restablecimiento planteada por la parte recurrente, consistente en ser resarcida en los gastos de aval u otra garantía ofrecida para obtener la suspensión cautelar de la ejecutividad de la liquidación que ahora se anula."

También poníamos de manifiesto que en relación a los gastos derivados de la constitución de garantía para lograr la suspensión de la ejecutividad de una multa, el auto del mismo Alto Tribunal de 4 de octubre de 2012, con ocasión en ese caso del incidente previsto en el citado artículo 133 de la Ley Jurisdiccional, señalaba lo siguiente:

"Los principios que alumbran el régimen jurídico de medidas cautelares de nuestra LJCA, singularmente las previsiones contenidas en el artículo 133, determinan que cuando se ha acordado la suspensión judicial del acto impugnado, en este caso una sanción administrativa y la correspondiente indemnización de perjuicios, prestando aval como caución o garantía, ex artículo 133.2 de la LJCA por el importe de dicha sanción e indemnización, la nulidad del expresado acto administrativo determina la devolución de los gastos ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval."

Dicho de otro modo, el administrado no está obligado al pago de sanciones que no son conformes a Derecho, por lo que no ha de soportar tampoco los efectos del ejercicio de dicha potestad sancionadora cuando dicta un acto administrativo ilegal. En definitiva, debe abonarse el perjuicio económico ocasionado por los gastos que se derivan de la prestación de una garantía en forma de aval para alcanzar la suspensión de la ejecutividad, cuando se ha declarado, insistimos, mediante sentencia firme, la ilegalidad de la sanción recurrida."

En fin, ningún reparo puede oponerse, más allá del acierto o no en la cita por la recurrente del precepto de cobertura, que la decisión se adopte en este momento procesal, igual que podría haberse realizado en la propia sentencia, sin tener que acudir, desde luego, a otro proceso como aduce el Abogado del Estado."

Por otro lado, y aun cuando conforme a lo dispuesto en el art. 142.4 de la Ley 30/1.992 la mera anulación de un acto impugnado no presupone el derecho a la indemnización, también traíamos a colación la sentencia de dicho Tribunal de 9 de abril de 1997, que recogiendo la doctrina de otras tantas anteriores dice: "...la presentación de avales o garantías produce gastos resarcibles, por estar en relación causal con el acto suspendido, y, si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial, sufrida por el particular, como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que, si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación deviene ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada."

No se discute la relación de causalidad porque la prestación de la garantía es consecuencia de la actuación de la CNMC.

OCTAVO.- En cuanto a la efectividad del daño, la jurisprudencia exige "(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado", entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, rec. 280/2009 y 30 de diciembre de 2013, rec. 300/2008.



No hay que olvidar que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima, que corresponde probar a la Administración, recae en quien reclama.

En el presente caso, se ha acreditado en la demanda que la garantía para responder de los perjuicios que pudiera originar la suspensión de la resolución sancionadora recurrida se instrumentó mediante aval bancario concedido por el Banco BMCE BANK a la actora, aplicando una comisión del 0,8% anual sobre 13.834,519 euros, importe de la sanción, más la comisión de apertura del aval por importe de 770 dirham abonados el 28 de mayo de 2013 y la comisión de renovación del primer año.

La garantía fue prestada por las dos sucursales del Banco BMCE BANK:

BMCE Bank Maroc y BMCE Bank International Madrid.

Cada sucursal abonaba una cantidad trimestral.

En el caso de BMCE BANK MAROC desde el 16 de mayo de 2013 a 17 de mayo de 2017, un total de 245.366,84 euros. Como el aval se devolvió antes de esta última fecha, el 2 de febrero de 2017, el banco reintegró a la actora, 15.219,46 euros por el exceso cobrado hasta el 17 de mayo de 2017. Por lo tanto, los gastos de aval abonados por la sucursal de Marruecos ascendieron a 230.147,38 euros

En el caso de BMCE Bank International Madrid, desde el 16 de mayo de 2013 a 16 de febrero de 2017, fueron abonados por la actora un total de 217.517,79 euros.

La suma de gastos del aval de las dos sucursales arroja un total de 447.665,17 euros.

La actora ha aportado para acreditarlo un contrato de apertura de crédito en favor de Comanav, Anexo 3 de la demanda. El coste de la comisión de apertura se recoge en el Anexo 4, documento emitido por BMCE Bank en favor de Cie Marocaine de Navigation (Comanav), fechado el 29 de mayo de 2013.

Explica que se acordó una comisión anual de 55.338,08 €, con un pago trimestral a cada una de las sucursales de 13.834,52€, a pagar durante el trimestre. Se adjuntan como Anexo 5 y Anexo 6 de la demanda, el detalle del pago de cada uno de los cargos trimestrales al banco de Marruecos y Madrid, respectivamente.

En el caso de los pagos en Marruecos, estos se hicieron en dirhams marroquí, con lo que se aplicó el tipo cambiario correspondiente a cada periodo.

A juicio de la Sala, a la vista de la documentación aportada y no obstante la reclamación formulada en vía administrativa queda acreditado que los gastos de aval ascendieron a 447.665,17 euros que deben ser indemnizados como responsabilidad patrimonial.

A esta cantidad deben añadirse los intereses producidos desde la fecha de la reclamación administrativa.

NOVENO.- Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso, con imposición de costas a la Administración demandada, conforme al art. 139.1 LJCA..

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, en representación de **COMANAV S.A** contra la desestimación presunta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por aquella del abono de los gastos generados por el aval bancario depositado como condición para suspender cautelarmente el pago de la multa impuesta por la CNMC (*expte S/0331/11 Navieras Marruecos*), por importe de 13.834.519 Euros, y que posteriormente anuló la Audiencia Nacional por sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rec. 2/2013, resolución que anulamos y reconocemos el derecho de la actora a ser indemnizada por la CNMC en la cantidad de 447.665,17 euros más los intereses producidos por esa cantidad desde la fecha de la reclamación administrativa.

Con imposición de costas a la Administración demandada, en los términos del último fundamento jurídico.

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 pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ