



Roj: **SAN 2246/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2246**

Id Cendoj: **28079230062024100245**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **922/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000922 /2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 6875/2019

**Demandante:** don Jose Daniel

**Procurador:** DON IGNACIO AGUILAR FERNÁNDEZ

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

**Codemandado:** ADIF ALTA VELOCIDAD Y ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **922/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **don Jose Daniel** representado por el procurador don Ignacio Aguilar Fernández, contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



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

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando se «[ d]icte sentencia por la que (i) estime íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo, y, en consecuencia, anule la Resolución recurrida, o subsidiariamente, (ii) anule, total o parcialmente, la multa impuesta al Sr. Jose Daniel y la reduzca. [...]».

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

**CUARTO.-** Comparecieron en calidad de codemandadas ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez De Castro Rincón y ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U representada por el procurador don Germán Marina Grimau.

**QUINTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

**SEXTO.-** Se señaló para votación y fallo, el día 21 de febrero del año en curso Se prolongó la deliberación en sucesivas sesiones, hasta la última que tuvo lugar el 3 de abril.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por don Jose Daniel la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS, en la que se acordaba « [P]rimero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

ELECNOR, S.A.

(...)

b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

ELECNOR, S.A.

(...)

c) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

- ELECNOR, S.A.

(...)

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:



a) *En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad:*

(...)

ELECNOR, S.A.: 13.300.000 euros (...)

b) *En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional:*

(...)

ELECNOR, S.A.: 7.000.000 euros

(...)

c) *En el cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad:*

(...)

ELECNOR, S.A.: 50.000 euros

(...)

*Tercero. Imponer las siguientes sanciones a los directivos de las empresas anteriormente citadas al tiempo de cometerse la infracción, en atención a la responsabilidad atribuida en el fundamento cuarto de la presente resolución:*

(...)

*D. Jose Daniel , Subdirector General de Energía de ELECNOR, S.A.: 27.000 euros*

(...)

*Cuarto. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la LDC , se acuerda:*

a) *Eximir del pago de la multa a ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U., a su matriz ALSTOM, S.A., y a sus directivos D. Avelino , Presidente de ALSTOM, D. Baltasar , Director de Market & Portfolio de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, S.A. y D. Bernardo , Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM.*

b) *Reducir en un 45% el importe de la multa correspondiente a SIEMENS, S.A., y a su matriz SIEMENS, AG., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC. En consecuencia, las sanciones impuestas a SIEMENS, S.A. pasan a ser del siguiente importe:*

*- Por su participación en el cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad: 8.910.000 euros.*

*- Por su participación en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional: 330.000 euros.*

*Quinto. Declarar prescritos los hechos y las conductas a las que se hace referencia en el fundamento 4.6 de la presente resolución y proceder al archivo de las actuaciones seguidas contra la empresa COSEMEL, I.A.E. y D. Celestino de CITRACC.*

(...)

*Séptimo. (sic) De conformidad con el fundamento séptimo, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos. [...]».*

El resultado del procedimiento de sancionador, en una sola resolución, sancionó por conductas atribuida a tres cárteles distintos, y también por las imputadas a varios directivos de las empresas implicadas. Forma de proceder que, si bien puede dar una visión de conjunto del origen de la investigación por las posibles prácticas anticompetitivas, no facilita la discriminación en cada implicado, ni el adecuado manejo del acuerdo sancionador a la hora en el proceso de revisión jurisdiccional.

El recurrente resultó sancionado con la multa de 27.000 euros por su condición de Subdirector General de Energía la entidad ELECNOR que participó y fue sancionada por una infracción única y continuada del artículo 1 de continuada la Ley 15/2007 (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en los tres cárteles: (i) tren convencional, (ii) alta velocidad (AVE), y (iii) equipos electromecánicos para AVE.

Para la correcta comprensión del debate, es necesario poner de manifiesto de terminado externos que se dependen del expediente administrativo y que pasamos a detallar.

1.- El 4 de mayo de 2016, la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. La solicitud se realizó en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales y directivos, incluyendo a ALSTOM TRANSPORTE S.A.U (ALSTOM). La solicitud de exención, junto con la documentación presentada, facilitaba información y elementos de prueba de la citada infracción y fue completada y ampliada posteriormente el 30 de mayo, 20 y 26 de julio, 2, 13 y 22 de septiembre de 2016, y el 8 y 29 de marzo de 2017.

2.- Conforme al artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia (DC) comenzó una información reservada.

3.- El 1 de julio de 2016, la DC concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC-

4.- De conformidad con el artículo 27 de la LDC, los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, S.A. (ELECENOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).

5.- El 30 de mayo de 2017, la DC consideró que lo actuado en la información reservada realizada había permitido confirmar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con su artículo 49.1, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS, contra las empresas ALSTOM y su matriz ALSTOM, S.A., COBRA y su matriz ACS, COMSA y su matriz COMSA CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., CITRACC y su matriz DELEJOR13, S.L.U., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y su matriz ACS, COSEMEL; ELECENOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR,S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

6.- El 21 de diciembre de 2017, la DC acordó incoar a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a 15 directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente. En concreto, la incoación se refiere a los directivos de ALSTOM: don Avelino, don Baltasar y don Bernardo; de COBRA: don Germán y don Gumersindo; de CYMI: don Hernan; de ELECTRÉN: don Hipolito y don Ignacio; de SEMI: don Indalecio; de CITRACC: don Celestino; de ELECENOR: don Iván y don Jose Daniel; de INABENSA: don Julián; de INDRA: don Laureano y de SIEMENS: don Luciano.

7.- El 26 de febrero de 2018, la DC adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue debidamente notificado a las partes

8.- El 19 de julio de 2018, la instructora acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.

9.- El 22 de agosto de 2018, el Director de la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas y directivos, a la Sala de Competencia con fecha 4 de octubre de 2018.

10.- El 26 de noviembre de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador.

11.- El 31 de enero de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018.

12.- Finalmente el 14 de mayo de 2019, se dictó el acuerdo sancionador objeto del presente recurso.

**SEGUNDO.**- El actor solicita la anulación de la resolución impugnada y para ello invoca varios motivos. Los primeros se centran combatir la sanción impuesta a ELECENOR. Reconoce que ha tenido la oportunidad de revisar el escrito de demanda preparado por esa entidad en el recurso 928/2019 ante esta misma Sección, y se remite a todas y cada una de esas alegaciones, que de manera sucinta pasa a reiterar. A continuación, en los que se refiere a la responsabilidad exigida al actor dice que se vulnera artículo 63.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 24 de la CE, al no acreditarse su participación en acuerdos o decisiones contrarios a las normas de competencia. Las pruebas no revelan su participación y algunas se refieren a hechos distintos. Acto seguido cuestiona la proporcionalidad de la sanción impuesto porque asciende a casi cuatro veces el importe de su salario mensual como ingeniero de ELECENOR.



El abogado del Estado insta la desestimación del recurso y sostiene tanto la procedencia como la motivación de la sanción impuesta que, en todo momento, guardó los parámetros de proporcionalidad.

**TERCERO.**- En cuanto a los primeros argumentos que se invocan en el escrito de demanda, damos cumplida respuesta con la mera remisión a lo que decimos en nuestra sentencia de 24 de abril de 2024, dictada en el recurso 928/2019.

**CUARTO.**- Antes de entrar en el análisis de la responsabilidad individual que se le ha exigido al actor, en preciso que examinemos los hechos probados de la resolución sancionadora y su vinculación con los razonamientos de culpabilidad. En esta tarea debemos ceñirnos a cómo se estructura el acuerdo, examinando la parte que se refiere a los hechos probados y acto seguido la parte de la individualizada valoración para cada partícipe.

La resolución lleva a cabo una descripción de los hechos que consideró probados por años y lo hace con descriptiva sucesión cronológica de acontecimientos. Sin embargo, cuando llega el momento de justificar o motivar la concreta participación del actor, lo hace a través de una mera remisión a varios folios, sin mayores detalles o razones.

Esta particular forma de motivar el acuerdo sancionador, manifiestamente mejorable, ni tan siquiera constituye una motivación por remisión, como la admitida por nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 144/2007, puesto que la remisión tiene lugar dentro de la propia resolución. Y tiene dos consecuencias, la primera es que todo lo que el razonamiento de culpabilidad no ha incluido, aunque sea por remisión, no podrá ser tenido en consideración por esta Sala, por incriminatorio que nos pudiera parecer un determinado dato, puesto que no ha sido valorado o considerado en estos términos por el propio acuerdo sancionador. Recordemos que es en la CNMC sobre quien recae la potestad sancionadora y como hemos dicho en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016, « *[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.*

*Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor. [...]*».

La segunda, es que en la tarea de revisión del acuerdo sancionador que nos corresponde, debemos limitarnos a cotejar la remisión que hace la motivación de participación con el correlativo hecho de referencia, para poder valorar la trascendencia de la conducta o comportamiento descrito de cara a la comisión de la infracción imputada.

Dice el acuerdo sancionador al folio 202, para motivar la sanción que más tarde impone al sr. Jose Daniel , Subdirector General de Energía de ELEC NOR, S.A., que es por « *[s]u participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, en noviembre y diciembre de 2015 (hechos 209 a 212). [...]* ».

En la obligada remisión a estos hechos, en el (209) se relata que, en mayo de 2013, ELEC NOR tuvo conocimiento por ACCIONA de que ésta iba a presentarse a la precalificación para la construcción de un túnel ferroviario de alta velocidad, proyecto Follo Line, que ofertaría en consorcio con GHELLA, y que ELEC NOR sería subcontratista nominado; información que se obtiene de un correo electrónico interno de ELEC NOR de 22 de mayo de 2013. En el (210) se afirma que el 23 de marzo de 2015 la Administración Nacional Noruega de Ferrocarriles adjudicó este contrato a la UTE ACCIONA-GHELLA, por 8,7 billones de coronas suecas, actuando como líder y responsable de la contratación ACCIONA. En el hecho (211) se dice como, un mes más tarde, ACCIONA facilitó a ELEC NOR el Formulario de Acuerdo. Al mismo tiempo ACCIONA-GHELLA firmaron con ALSTOM un acuerdo de confidencialidad en las negociaciones a seguir como posible subcontratista de diversas actuaciones dentro del proyecto Follo Line, invitando a ALSTOM a esta licitación. También invitaron a INDRA, que preparó su oferta no vinculante, circunscrita a los sistemas electromecánicos del proyecto Follo Line, al cual se presentaría junto con ALSTOM. Esta información también se obtiene de correos entre ACCIONA a ELEC NOR, ALSTOM y ACCIONA e internos de INDRA. En el (212) se relata que el 8 de octubre de 2015, para la parte de las instalaciones electromecánicas, ALSTOM presentó una oferta conjunta estimativa con INDRA, mientras que para la parte de electrificación del proyecto presentó su oferta estimativa en solitario.

Cuando la CNMC lleva a cabo la valoración de la participación de los directivos, a partir del folio 193, concretamente respecto de quien aquí recurre dice que « *[D.] Jose Daniel , Subdirector General de Energía*



de ELEC NOR, también participó y se relacionó con otros integrantes del cártel de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad al más alto nivel. Queda acreditado su conocimiento y participación en elementos probatorios tales como anotaciones manuscritas de dicho directivo y correos electrónicos. Constan también anotaciones del Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR e igualmente consta que este directivo tenía que confirmar los acuerdos, siendo a este directivo el que firma por ELEC NOR el acuerdo relativo al proyecto Follo Line [...]».

Lo primero que observamos es que existe la necesaria correlación entre el relato de hechos probados con la fundamentación de la responsabilidad. Es más, que ni tan siquiera aparece mención expresa entre los puntos descritos en los apartados 209 a 212, de cuál fue la intervención o participación del recurrente, de modo que se pudiera conocer cómo se justifica su responsabilidad por los concretos hechos descritos. Parece que esta inconclusa tarea debería hacerse o integrarse por esta Sala y, como ya advertimos, no nos corresponde.

**QUINTO.**- Establece el artículo 63.2 de la LDC « [A]demás de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto. [...]». Este precepto legal debe ser interpretado a la luz de lo dicho por la STS de 28 de enero de 2020, recurso 7458/2018, de la que podemos extraer varias conclusiones a la hora de fijar el alcance de esta sanción prevista para órganos directos y representantes legales.

Son varias los aspectos que podemos destacar de esta sentencia:

(I) Para que adquiera relevancia punitiva la responsabilidad de quien se integra en un órgano de dirección, la intervención en el acuerdo o decisión antijurídicos debe completarse necesariamente con una referencia al sujeto activo de la conducta típica, pues dicho precepto no abarca la intervención en el acuerdo o decisión de cualquier persona física que forme parte de la organización de la persona jurídica infractora, sino únicamente la intervención de quien reúna la precisa condición de representante legal o integrante de los órganos directivos.

(ii) La condición de representante legal o directivo « marca el corte hacia abajo» en la exigencia de responsabilidad a las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, evitando así que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión anticompetitivos el personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora.

(iii) Además del cumplimiento del requisito de tipicidad, concretado en la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitiva de los sujetos activos precisados por el precepto, es necesario que concurren también los requisitos de antijuricidad y singularmente de culpabilidad.

(iv) La responsabilidad objetiva o por el resultado no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el elemento de culpabilidad es un requisito imprescindible del derecho administrativo sancionador.

(v) La LDC no contiene una definición de qué deba entenderse por órgano directivo, a los efectos de la aplicación del artículo 63.2, sin embargo, esta falta de definición no constituye un obstáculo desde la perspectiva del artículo 25 CE, pues se trata de un concepto de concreción razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que cumple por ello las exigencias de legalidad en materia sancionadora recogida en la doctrina del Tribunal Constitucional y entre otras en las SSTC 151/1997, FD 3º y 218/2005 FD 3º.

(vi) Cabe el apoyo en definiciones de órgano directivo que están muy próximas a que aquí se contemplan, como son las previstas para los sujetos a los que se refiere el artículo 31.bis.1.a) del Código Penal, identificando a los que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control.

(vii) La simple denominación del cargo, al margen de cualquier prueba sobre las funciones, autonomía de ejercicio o responsabilidad asumida en la persona jurídica, no es suficiente para la consideración en este caso de «órgano directivo».

**SEXTO.**- Todo parece indicar, como primera premisa para poder exigir la sancionar a una persona física por las prácticas anticompetitivas cometidas por la persona jurídica, que primero debe concurrir en la física la condición de órgano directivo. En segundo término, y siempre que se cumpliera la anterior, hay que examinar



el grado de intervención que se proyecta en el acuerdo o decisión en que se materializó la práctica colusoria de la empresa.

En el presente caso, lo único que hace el acuerdo sancionador para ponernos sobre la pista de que se cumpla el primer requisito, es la mera referencia a que el sr. Jose Daniel es Subdirector General de Energía de ELECNOR.

La mera denominación del cargo puede ser orientativa pero no determinante puesto que ni las funciones de Director o del Subdirector están legalmente tasadas, más allá de lo que lo pudieran estar en la estructura, la plantilla, el organigrama o la relación laboral del interesado con la empresa. No sabemos que funciones o competencias tenía expresamente atribuidas, cuál era su equipo de trabajo, el personal que de él dependía o del que él mismo dependía, ni el concreto ámbito de sus decisiones o el grado de vinculación de sus acuerdos y decisiones para la empresa. En ningún caso estamos diciendo que todas y cada una de estas circunstancias deben constar o acreditarse por el órgano sancionador, pero sí alguna o algunas de las que nos ponga sobre la pista de la verdadera capacidad de decisión que tiene el sancionado en la empresa infractora.

Como advierte el Tribunal Supremo el de «órgano directivo» no deja de ser un concepto jurídico indeterminado o mero *nomen iuris*. Por lo tanto, es preciso para que le sea exigida la responsabilidad vía sanción, que quien la imponga establezca con carácter previo el marco de actuaciones y competencias de la persona física como «directivo». De otro modo se corre el riesgo de sancionar a quien nominalmente tiene una «cargo directivo», cuando no sea más relevante que el cargo nominalmente asociado a la presentación reflejada en una tarjeta de visita.

En el presente caso, el acuerdo sancionador es parco en estas labores y no va más allá de la mera vinculación entre su condición y la de «órgano directivo» para, acto seguido, imponerle la sanción. No olvidemos y como ya apuntamos que, ni tan siquiera la relación de hechos probados concretaba las puntuales razones por las que, acto seguido, se exigía la responsabilidad.

Incumplida por la CNMC esta primera premisa de acotar cometido, funciones, competencias, atribuciones, capacidad de decisión o efectiva condición de la persona física en la empresa infractora, resulta innecesario entrar a valorar su eventual intervención en el acuerdo o decisión, en los términos previstos en el artículo 63.2 de la LDC.

**SÉPTIMO.**- Por las razones apuntadas, el presente recurso debe estimado, anulando parcialmente la resolución impugnada solo en lo que atañe a la responsabilidad y sanción impuesta del don Jose Daniel que dejamos sin efecto.

**OCTAVO.**- La estimación del presente recurso exige la imposición de las costas causadas a la Administración demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

## FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **don Jose Daniel**, contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS, resolución que anulamos parcialmente en los términos expresado en el fundamento séptimo de esta sentencia; con condena en costas a la Administración.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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.