



Roj: **SAN 2188/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2188**

Id Cendoj: **28079230062024100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **917/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000917 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06855/2019

Demandante: D. Martin

Procurador: DÑA. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **917/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón que actúa en nombre y en representación de **D. Martin**, contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han comparecido la entidad ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, así como la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. representada por el Procurador D. Germán Marina Grimau.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia estimatoria *"por la que declare no ser conforme a Derecho la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2019, y consecuentemente anule la multa impuesta; o con carácter subsidiario, reduzca su importe, pues ésta no habría sido, en ningún caso, debidamente cuantificada"*.

SEGUNDO. El Abogado del Estado así como las defensas de las entidades codemandadas presentaron sus respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 21 de febrero de 2024.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo D. Martín impugna la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS, que le impuso la sanción de multa por importe de 43.200 euros.

Concretamente, se sanciona a D. Martín en su condición de Director de Proyectos Ferroviarios de la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. *"por su 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 desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015. El citado directivo aparece citado en la declaración de clemencia en relación con hechos del año 2012 (folios 12724 a 12728), que guardan relación directa con correos de 2012 aportados por ALSTOM (hechos 195 a 199). Asimismo, aparece en hechos de 2015 (hechos 203, 209 a 212 y 219). Es de destacar su presencia en las negociaciones del reparto del proyecto Folio Line como representante de INDRA"*.

La CNMC sanciona a D. Martín apoyándose en el artículo 63.2 de la LDC que indica que: *"Además 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 los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión"*.

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por el recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, que se declare la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa y que, en consecuencia, se anule la sanción o se reduzca el importe de la multa impuesta. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

Niega carácter anticompetitivo a la intervención de la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. en las licitaciones convocadas por ADIF.

Niega que su intervención como Director de Proyectos Ferroviarios de la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. en los acuerdos para el reparto de los contratos para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad haya podido marcar, condicionar o dirigir la actuación de la empresa de la que era directivo. Ya que, según expone, se ha limitado a ejecutar las instrucciones de sus superiores según se establecía en el organigrama de la empresa.

Finaliza su defensa alegando la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa, así como la vulneración del principio de proporcionalidad que determina la nulidad de la sanción de multa impuesta o, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa.

Por el contrario, tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada interesan en sus respectivos escritos de contestación a la demanda la desestimación del recurso interpuesto porque consideran que el recurrente si ha participado en la realización de las conductas anticompetitivas imputadas a la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A.

TERCERO. En este caso, corresponde a esta Sala revisar la legalidad de la sanción de multa impuesta al directivo de una de las empresas que la CNMC había sancionado porque entendió que, junto con otras empresas competidoras, había participado en la ejecución del plan común anticompetitivo sancionado. Y

debemos analizar si, en relación con el recurrente sancionado, concurren los requisitos establecidos en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que dispone que: " Además 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".

La Ley de Defensa de la Competencia no contiene una definición de qué debe entenderse por órgano directivo a los efectos de la aplicación del precepto que examinamos, pero esa 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 de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 151/1997, FD 3º y 218/2005 FD 3º).

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 1 de octubre de 2019 (recurso de casación nº 5280/2018) ha interpretado el artículo 63.2 de la LDC respecto de " las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión". Y ha indicado que conforme a la literalidad del artículo referido éste "no sanciona la intervención en los acuerdos o decisiones anticompetitivos, por importante que sea, de cualquier persona física integrada en la organización de la persona jurídica, sino únicamente la intervención de los representantes legales o de las personas integradas en los órganos directivos de aquellas". Y añade que las personas que integran los órganos directivos de las empresas serán " cualquiera de los que integran la persona jurídica que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación".

Además, el Tribunal Supremo indica que: "La descripción de la actuación que sanciona el artículo 63.2 LDC , la intervención en el acuerdo o decisión infractores, 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 de aquella. Así pues, la intervención en el acuerdo o decisión infractora solo será sancionable al amparo del artículo 63.2 LDC si es realizada por determinados sujetos, los representantes legales o los órganos directivos de la empresa infractora, mientras que, si es realizada por sujetos distintos, sean cual fuere la importancia de dicha intervención, quedará fuera del ámbito de aplicación del indicado precepto. Es, por tanto, la condición de representante legal o directivo, exigida por el artículo 63.2 LDC , determinante de la responsabilidad que establece el indicado precepto legal". Y sigue diciendo que: "La aplicación de las consecuencias sancionadoras previstas por el artículo 63.2 de la LDC exigirá, naturalmente, que 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, concurren también los requisitos de antijuricidad y singularmente de culpabilidad, pues como ha insistido numerosas veces este Tribunal, 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, de conformidad con los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ".

Asimismo, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2020 (recurso de casación nº 7458/2018) ha insistido en que "la aplicación del artículo 63.2 LDC no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos".

CUARTO. Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, corresponde analizar si en el caso de DON Martin , en su condición de Director de Proyectos Ferroviarios de INDRA SISTEMAS, S.A., concurren los requisitos subjetivos y objetivos que permitan imponerle una sanción por su implicación e intervención en los acuerdos de reparto en los que ha participado la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. que la CNMC ha sancionado por entender que eran anticompetitivos. En este caso, es posible analizar la responsabilidad del Sr. Martin toda vez que esta misma Sala en la sentencia dictada en fecha 24 de abril de 2024 (recurso nº 885/2019) ha confirmado el criterio de la CNMC en relación con el comportamiento anticompetitivo sancionado respecto de la empresa INDRA SISTEMAS, S.A. de la que es directivo. Y ello porque únicamente se puede sancionar a un representante legal o a un directivo si se considera que la empresa para la que trabaja ha infringido la normativa de defensa



de la competencia ya que la responsabilidad de la persona física siempre es accesoria a la de la empresa infractora (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019, recurso de casación nº 5280/2018).

La CNMC apoya la concreta imputación del Sr. Martín indicando: *"El citado directivo aparece citado en la declaración de clemencia en relación con hechos del año 2012 (folios 12724 a 12728) que guardan relación directa con correos de 2012 aportados por ALSTOM (hechos 195 a 199). Asimismo, aparece en hechos de 2015 (hechos 203, 209 a 212 y 219). Es de destacar su presencia en las negociaciones del reparto proyecto Follo Line como representante de INDRA"*.

A esta Sala le llama la atención la técnica utilizada por la CNMC para justificar la concreta imputación de D. Martín, en cuanto que, como hemos reflejado, se ha limitado a recoger de forma global hechos designados de forma numérica lo que ha supuesto una remisión en bloque a determinados hechos recogidos en la resolución impugnada cuando lo deseable y correcto es que hubiera efectuado una concreta conexión de los hechos a los que se remite con los actos concretos de actuación del recurrente y sobre todo con su implicación en la actuación anticompetitiva llevada a cabo por la empresa.

Por otra parte, destacamos que la resolución sancionadora dictada por la CNMC justifica la imputación de los directivos utilizando un mismo párrafo que sirve para todos los directivos sancionados con el que pretende justificar la concurrencia de los requisitos subjetivos y objetivos exigidos en el artículo 63.2 de la LDC indicando de forma genérica y sin ninguna individualización que: *"Todos ellos tienen o han tenido la condición de directivos de las empresas participes en las conductas infractoras, con conocimiento de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas, y han tenido una participación activa en el diseño, ejecución y/o seguimiento de los acuerdos anticompetitivos a los que han llegado las empresas en las que prestan o han prestado sus servicios"*. Y continúa diciendo que los directivos *"han tenido un papel preponderante y no meramente testimonial en los cárteles en los que han participado y han desempeñado un papel proactivo e impulsor de los acuerdos"*. Y esa justificación que es única se utiliza de forma idéntica para los 14 directivos sancionados ya que no establece ninguna concreción ni diferenciación a pesar de que los 14 directivos sancionados ostentaban diferentes cargos en cada una de las empresas sancionadas por su participación en las conductas anticompetitivas que, por otra parte, se han concretado en diferentes conductas colusorias que ha clasificado en diferentes cárteles, concretamente en tres: (i) cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad; (ii) cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional y (iii) cártel para el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Hubiera sido deseable en aras de una correcta motivación que la CNMC hubiera individualizado la responsabilidad de cada uno de los directivos de las empresas sancionadas indicando no solo el cargo directivo y los hechos en los que ha participado, sino explicando en cada caso porque ese cargo directivo le ha permitido adoptar acuerdos y decisiones en nombre de la persona jurídica o porque en el ejercicio de ese cargo directivo las facultades de organización y de control que tenía dentro de la empresa sancionada le otorgaban capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las que, además, tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad que desempeñaban con autonomía.

Esa falta de motivación afecta especialmente a la acreditación de la concurrencia de los requisitos subjetivos de las personas físicas que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LDC y con la interpretación dada por el Tribunal Supremo, pueden ser sancionados. Falta de motivación que ha supuesto que se desconozcan cuáles han sido las razones que han llevado a la CNMC a sancionar al Sr. Martín ya que, en cuanto a la concurrencia de los requisitos subjetivos indicados, se ha limitado a mencionar su cargo directivo, Director de Proyectos Ferroviarios de INDRA SISTEMAS, S.A., pero no se ha recogido en la resolución impugnada ningún razonamiento específico e individualizado en cuanto a porque en el ejercicio de ese concreto cargo directivo podía adoptar decisiones que podían marcar, condicionar o dirigir la actuación de la empresa 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 desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015.

Entendemos, además, que no es baladí esa falta de razonamiento en cuanto a la concurrencia de los requisitos subjetivos porque, de acuerdo con la definición de órgano directivo expresado en las sentencias antes citadas del Tribunal Supremo, lo esencial es *"que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación"*. Y ese elemento del tipo infractor tiene un indudable componente fáctico que debería haberse reflejado en la resolución sancionadora en relación con cada uno de los directivos sancionados.



En definitiva, este Tribunal considera que la CNMC no ha acreditado, con el rigor exigible, el requisito de que el cargo directivo del recurrente permitía impulsar y dirigir la actuación anticompetitiva de la empresa INDRA SISTEMAS, S.A. sancionada ya que no existe ningún razonamiento, más allá de la mera mención de su puesto de dirección, que permita alcanzar la conclusión de que ese cargo directivo reunía las características de ejercicio de funciones directivas y de autonomía a que antes se ha hecho referencia. Ya que, como hemos indicado, la CNMC se ha limitado a mencionar el contenido del artículo 63.2 de la LDC en el sentido de referir el cargo directivo de D. Martín en la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. -Director de Proyectos Ferroviarios- pero no ha indicado en qué medida en el ejercicio de ese cargo directivo ha adoptado decisiones que han marcado, condicionado o dirigido la actuación de la empresa en la realización de las conductas anticompetitivas imputadas a la empresa. Además, en relación con el caso analizado, el citado directivo indicó en vía administrativa que, de acuerdo con los estatutos de la sociedad y con el organigrama de la empresa, figuraba incluido en el Grupo 3 de los apoderados lo cual implicaba una actuación de forma mancomunada en el ejercicio de las facultades de contratación con integrantes de otros grupos de apoderados, bien del grupo 1 o 2 o de su propio grupo, y concluía por ello que su participación en las conductas colusorias sancionadas se había limitado a ejecutar ordenes de sus superiores. Incluso la mercantil INDRA SISTEMAS, S.A. indicó en vía administrativa como se distribuían las funciones de la Dirección General de Transporte de la empresa en el momento de los hechos investigados al decir que estaba compuesta por:

- El máximo responsable y Director General de Transportes, el Sr. Gines .
- Que bajo este Director General, existía un Director General Adjunto, el Sr. Hipolito .
- Que el área de Transportes de INDRA se segmentaba en: (i) Área comercial encargada del desarrollo de negocio y de la elaboración de propuestas comerciales cuya dirección correspondía al Sr. Jeronimo ; (ii) Área de operaciones encargada de los proyectos que se encontraba a cargo del Sr. Martín .

Sin embargo, la CNMC no ha dado ninguna respuesta a las alegaciones efectuadas tanto por el Sr. Martín como por la empresa de la que es directivo en relación con el organigrama de la empresa y, sobre todo, nada se ha dicho respecto de cómo pudo afectar ese organigrama a la actividad del directivo ahora sancionado.

Concluimos que la simple denominación del cargo, al margen de cualquier prueba sobre las funciones y la autonomía de su ejercicio, no es suficiente para la consideración en este caso de «órgano directivo».

Y esa falta de motivación, en la acreditación del requisito subjetivo analizado en cuanto es esencial para determinar la imputabilidad de responsabilidad, nos lleva a la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto con la consiguiente nulidad de la sanción de multa impuesta al Sr. Martín en cuanto que la CNMC no ha acreditado que su condición de miembro del órgano de dirección de INDRA SISTEMAS, S.A. marcaba, condicionaba o dirigía la actuación de la empresa cuando, de hecho, ocupaba un cargo que se limitaba a ejecutar las decisiones de sus superiores y, por tanto, carecía de la autonomía en el ejercicio de sus funciones característica del órgano directivo.

QUINTO. La estimación del recurso implica la condena en costas a las partes demandadas de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **917/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón que actúa en nombre y en representación de **D. Martín** , contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 , ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS que le impuso una sanción de multa por importe de 43.200 euros. Resolución que ahora anulamos porque entendemos que no es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta al recurrente anulando así por falta de motivación la sanción de multa impuesta.

Se imponen a las partes demandadas las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.