



Roj: **SAN 2194/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2194**

Id Cendoj: **28079230062024100236**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **1311/2019**

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: 0001311 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 9496/2019

Demandante: D. Carlos María

Procurador: D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF ALTA VELOCIDAD

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. 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. **1311/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramon Rodriguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de **D. Carlos María**, 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 parte codemandada ha comparecido la entidad ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón.



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 formalizara 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:

"se declare que la Resolución de 14 de marzo de 2019 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el Expediente NUM000 Electrificación Y Electromecánicas Ferroviarias debe ser anulada por caducidad en el procedimiento administrativo.

Subsidiariamente a lo anterior, SUPLICO que se anule la Resolución impugnada y se corrija la Resolución como sigue: (i) a la baja en lo que se refiere a la sanción impuesta a mi mandante por reflejar un grado de participación/responsabilidad erróneo y desproporcionado en las Conductas, para lo cual habrá de tenerse en cuenta correctamente el grado de participación del Recurrente en las mismas; así como (ii) se eliminen de la Resolución, y de la nota de prensa de la CNMC que informa sobre ella, las referencias con nombre y apellidos completos de mi mandante por carecer su publicación de motivación y base legal suficiente para ello; todo ello habida cuenta de los perjuicios que lo contenido en estos dos puntos es susceptible de causar tanto a corto como largo plazo en su esfera personal y profesional".

SEGUNDO. El Abogado del Estado, así como la defensa de la entidad codemandada 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 28 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. Carlos María 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 total de 40.900 euros. Concretamente, se sanciona a D. Carlos María en su condición de Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructuras de la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.:

"- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2016. El Sr. Carlos María ha reconocido en su declaración de clemencia tener conocimiento y haber participado en los hechos que se le imputan a la empresa a la que representa en relación con este mercado y en el periodo citado (folios 12787 a 12794). Asimismo, aparece en los hechos de esta resolución de 2013 (hechos 106, 118 y 127), del 2014 (hechos de esta resolución 142, 165 y folios 21040 a 21043) y de 2015 (folios 21523 y 21524, 12852 a 12854).

- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas y privadas para la construcción, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde junio de 2015 hasta diciembre de 2015. El Sr. Carlos María ha reconocido en su declaración de clemencia tener conocimiento y haber participado en los hechos que se le imputan a la empresa a la que representa en relación con este mercado y en el periodo citado (folios 12794 a 12796). Asimismo, aparece en correos electrónicos de 2015 (folios 12801, 11421 a 11426, 3103, 11449 a 11450, 11452 a 11454) y en los hechos de esta resolución de diciembre de 2015 (hechos 219 y 221)".

La CNMC ha impuesto a D. Carlos María por su condición de Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructuras de la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. la sanción de multa por importe de 39.600 euros por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2016. Y la sanción de multa por importe de 1.300 euros por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas y privadas para la construcción, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde junio de 2015 hasta diciembre de 2015.

Y se ha sancionado a D. Carlos María en virtud de lo establecido 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".

En la resolución impugnada se ha justificado la responsabilidad de los directivos de las empresas sancionadas indicando 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 la resolución 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".*

Por otra parte, destacamos que en la resolución impugnada se ha acordado la exención del pago de las sanciones de multa impuestas a D. Carlos María indicando que *"de conformidad con los artículos 65 de la LDC y 47 del RDC, así como con el programa de clemencia, y en atención a las consideraciones realizadas en el apartado 4.8 de los fundamentos de derecho de la presente resolución, procede eximir del pago de las multas a ALSTOM TRANSPORTE S.A.U., a los directivos de dicha empresa y a su matriz ALSTOM, S.A."*.

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 motivación y de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa y que, en consecuencia, se anule la sanción impuesta.

No discute, en ningún caso, la concurrencia de los requisitos subjetivos y objetivos del artículo 63.2 de la LDC por el que ha sido sancionado de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 1 de octubre de 2019 (recurso de casación nº 5280/2018). Ni tampoco discute su participación en los hechos que se habían denunciado por la empresa ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. de la que era directivo y que se había beneficiado de la exención del pago de la sanción por participar en el programa de clemencia. Únicamente discrepa de la sanción de multa impuesta indicando que, aunque está exento de su pago, no obstante tiene interés en obtener su nulidad porque lo que pretende es reparar su prestigio personal y profesional. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

En primer lugar, solicita la nulidad de la sanción porque considera que la resolución sancionadora se ha dictado en un procedimiento administrativo ya caducado toda vez que niega efectos suspensivos a la suspensión de plazos acordada por el Consejo de la CNMC en fecha 31 de enero de 2019 para solicitar a las empresas el volumen de negocios obtenido en el año 2018 con el fin de disponer de elementos que permitieran cuantificar el importe de las sanciones.

Por otra parte, indica que aunque no discute su participación en los hechos, no obstante, discrepa de la metodología utilizada por la CNMC para determinar la sanción de multa impuesta porque, a su juicio, no representa en absoluto el grado de participación del recurrente en las conductas anticompetitivas sancionadas y, en consecuencia, considera que la sanción finalmente impuesta es excesiva, discriminatoria y arbitraria por cuanto se han omitido factores de gran relevancia que debieron tenerse en cuenta en su cuantificación como podía ser el hecho de que su participación fue temporalmente inferior a la de los otros directivos también sancionados de la misma empresa así como el carácter secundario de la participación del recurrente en las conductas anticompetitivas.

Asimismo, indica que la publicación de su nombre y apellidos en la resolución sancionadora así como en la nota de prensa publicada en fecha 27 de marzo de 2019 por la CNMC en relación a esa resolución carece, a su juicio, de motivación y de base legal y por ello solicita la nulidad de la resolución impugnada por vulneración de su derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

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.

TERCERO. Debemos iniciar el análisis por los defectos formales invocados por el recurrente en su escrito de demanda determinantes de nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

En este sentido, invoca la nulidad de la resolución sancionadora indicando que cuando se ha dictado y se ha notificado al recurrente ya había transcurrido el plazo de duración para la tramitación del procedimiento sancionador con la consecuencia de que, en ese momento, ya se estaba ante un procedimiento administrativo caducado. Y ello porque niega efecto suspensivo a la suspensión del plazo de duración del procedimiento sancionador acordada por el Consejo de la CNMC en fecha 31 de enero de 2019 al amparo del artículo 37.1.a)



de la LDC para requerir a las empresas información relativa a su volumen de negocios total en el año 2018. A su juicio, esa suspensión es inadmisibles porque carece de motivación y porque pone de relieve que la misma no fue sino una instrumentalización artificiosa del instituto de la suspensión puesto que no existía ninguna razón real justificativa porque es ese un trámite ordinario que pudo y debió hacerse dentro del plazo máximo de resolución y, según expone, pudo ya hacerlo desde el 1 de enero de 2019, fecha en la que ya se sabía que el expediente sancionador se iba a resolver en el ejercicio 2019. Y, por ello, concluye que ese plazo suspensivo no debería computarse a efectos de impedir la declaración de la caducidad.

Como ya hemos indicado la suspensión que se discute se efectuó por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC para requerir a las empresas información relativa a su volumen de negocios total en el año 2018 ya que, aunque ya había solicitado con anterioridad el volumen de negocios correspondiente al año 2017, no obstante *"el artículo 63.1 de la LDC exige que el cálculo de la sanción se realice teniendo en cuenta el volumen de negocios del año inmediatamente anterior al de la fecha de la sanción, motivo por el cual se hace necesario requerir nuevamente a las empresas para que aporten el volumen de negocios correspondiente al año 2018. La consideración del nuevo volumen de negocios para el cálculo de la sanción podría suponer una variación del importe final de las sanciones propuesto por la Dirección de Competencia en aquellos casos en los que haya diferencias entre un año y otro. Por otro lado, como ya ha tenido ocasión de resolver esta Sala en anteriores resoluciones, para aquellas empresas que han podido participar en dos o más las infracciones objeto del expediente podría resultar procedente, en aplicación del principio de proporcionalidad, ajustar la cuantía de las sanciones tomando en consideración las multas acumuladas de todas las infracciones. Ello, además, teniendo en cuenta la finalidad disuasoria que persiguen las sanciones que impone esta Sala"*.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC entiende que la petición del volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2018 era un elemento de juicio necesario para resolver y se apoyó en el artículo 37.1.a) de la LDC que dispone que el plazo para resolver el expediente sancionador puede suspenderse mediante resolución motivada: *"Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"*.

Esta Sala discrepa de la tesis del recurrente porque entendemos que la decisión de la CNMC acordando la suspensión que ahora se discute no se ha adoptado de manera fraudulenta ni arbitraria por cuanto que la solicitud a las empresas de su volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2018 es una información imprescindible para cuantificar el importe de la sanción de multa. Y rechazamos esa alegación teniendo en cuenta los razonamientos jurídicos recogidos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 15 de febrero de 2021 (recurso de casación nº 7363/2019) que interpreta el artículo 37.1.a) de la LDC a los efectos de determinar si la apertura del plazo extraordinario previsto en dicho precepto queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto que no pudieron recabarse en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador y que pudieron realizarse en el período ordinario. Y, en este sentido, el Tribunal Supremo declaró que: *"La Ley no establece que este motivo de suspensión solo puede ser utilizado para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional, excluyéndose aquellas actuaciones que solicita información o la práctica de diligencias que normalmente son necesarias en la tramitación de este tipo de procedimientos pero que no han sido practicadas antes de la finalización del plazo ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna"*. Además, el Tribunal Supremo, en relación con la petición de información a las empresas del volumen de negocios que tuvieron en el ejercicio anterior al de la imposición de sanción, dijo que: *"Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción. Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo. En STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (recurso 608/2016) este Tribunal ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente"*.

Y, en este caso, no existen elementos que permitan sostener que la información solicitada, y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima.

En esa Sentencia el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial: *"que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37.*

1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"), procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes, sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo".

CUARTO. Por otra parte, como ya hemos indicado, el recurrente solicita la nulidad de la sanción impuesta porque la CNMC le ha ocasionado indefensión material por cuanto, según expone, se ha impuesto desconociendo cuales han sido los criterios que se han tenido en cuenta para cuantificar el importe de la multa. Reconoce que se le ha declarado exento del pago de la multa por ser directivo de la empresa ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. toda vez que como denunciante de los hechos sancionados participó en el programa de clemencia; no obstante, considera que tiene interés en obtener la nulidad de la sanción impuesta para reparar el daño reputacional y el perjuicio que la misma ocasiona en su esfera personal y profesional.

En este caso, la CNMC ha sancionado al SR. Carlos María por su implicación e intervención en los acuerdos de reparto en los que había participado la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. que la CNMC ha sancionado por entender que eran anticompetitivos. En este caso, podemos analizar la responsabilidad del SR. Carlos María toda vez que esta misma Sala en la sentencia dictada en fecha 24 de abril de 2024 (recurso nº 925/2019) ha confirmado el criterio de la CNMC en relación con el comportamiento anticompetitivo sancionado respecto de la empresa ALSTOM TRANSPORTE S.A.U. de la que es directivo. Y ello porque únicamente es posible 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).

Concretamente, tal como se recoge en la resolución impugnada, la responsabilidad exigida a D. Carlos María ha sido por su condición de Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructuras de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.:

"- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2016. El Sr. Carlos María ha reconocido en su declaración de clemencia tener conocimiento y haber participado en los hechos que se le imputan a la empresa a la que representa en relación con este mercado y en el periodo citado (folios 12787 a 12794). Asimismo, aparece en los hechos de esta resolución de 2013 (hechos 106, 118 y 127), del 2014 (hechos de esta resolución 142, 165 y folios 21040 a 21043) y de 2015 (folios 21523 y 21524, 12852 a 12854).

-Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas y privadas para la construcción, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde junio de 2015 hasta diciembre de 2015. El Sr. Carlos María ha reconocido en su declaración de clemencia tener conocimiento y haber participado en los hechos que se le imputan a la empresa a la que representa en relación con este mercado y en el periodo citado (folios 12794 a 12796). Asimismo, aparece en correos electrónicos de 2015 (folios 12801, 11421 a 11426, 3103, 11449 a 11450, 11452 a 11454) y en los hechos de esta resolución de diciembre de 2015 (hechos 219 y 221)".

La CNMC ha justificado la imposición de sanción al SR. Carlos María apoyándose en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que establece: *"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".*

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 1 de octubre de 2019 (recurso de casación nº 5280/2018) ha señalado que conforme a la literalidad del artículo referido este *"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 en dicha sentencia se añade que en el concepto de personas que integran los órganos directivos se entenderá como tal "a 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".*

Incluso, 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".*

En el caso analizado, el recurrente no discute la concurrencia de los requisitos subjetivos ni objetivos que justifican la aplicación del artículo 63.2 de la LDC lo que impide a esta Sala analizar este aspecto. Ni tampoco discute su participación en los acuerdos declarados anticompetitivos por la CNMC toda vez que constan reflejados en la declaración presentada por su empresa como denunciante de los hechos ante la CNMC.

QUINTO. Únicamente discute en su demanda la falta de motivación por parte de la CNMC en la determinación del importe de la multa impuesta.

Este Tribunal anticipa la estimación del recurso en relación con la alegación efectuada por el recurrente de falta de motivación en la determinación de los criterios que han llevado a la CNMC a cuantificar, en su caso, el importe de la sanción de multa en 39.600 euros 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 así como el importe de la sanción de multa en 1.300 euros por su participación en el cártel para el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de alta velocidad.

Es cierto que en el apartado 6.4 de la resolución impugnada se recogen los *"criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables"* en el que se indica: *"El deber general de ponderar los principio de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propone la sanción a personas físicas".* Añadiendo que: *"Para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador total que corresponde a sus empresas en función de la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción, y el límite legal máximo del 10% que establece el artículo 63 de la LDC. Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, entre los que destacan la duración de la participación de cada directivo y el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización. En cuanto al nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, este segundo criterio de carácter subjetivo se ha traducido en anteriores expedientes sancionadores en la agrupación de los directivos*



en dos categorías, el de directivos de nivel 1, con mayor capacidad de decisión, y el grupo de directivos de nivel 2, con puestos directivos con un nivel de autonomía más limitado".

Sin embargo, esos criterios se han establecido con carácter general para todos los directivos sancionados porque no consta que la CNMC haya efectuado en la resolución sancionadora una individualización de los mismos para conocer, tanto el sancionado como esta Sala, en que medida la aplicación concreta de esos criterios han determinado la cuantificación del importe de la multa impuesta al ahora recurrente y ello a pesar de que la propia CNMC es consciente de que *"El deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propone la sanción a personas físicas"*. Sin embargo, esa exigencia que admite no se ha reflejado luego en la determinación de la sanción al directivo ahora recurrente pues, como decimos, no existe al respecto ninguna individualización de los criterios objetivos ni subjetivos mencionados con carácter general ya que la única referencia que consta respecto de D. Carlos María se ha reflejado en dos cuadros en los que se ha indicado su categoría profesional -Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de la empresa ALSTOM-; el tipo sancionador total aplicado a la empresa que, en su caso, fue del 6% en el cártel de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad- y del 7% en el cártel de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de alta velocidad; y la duración de su participación en la infracción que concreta en 29 meses y 6 meses según el cártel en el que había participado. Seguidamente figuran en la resolución otros dos cuadros en los que ya se recoge la multa concreta que se ha impuesto pero desconociendo como se ha llegado a ese importe ya que no consta en qué medida ha influido la aplicación concreta de los criterios subjetivos que había especificado en el apartado "criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables" consistentes en la agrupación de los directivos en dos categorías según su mayor capacidad de decisión: bien en grupo 1 o bien en grupo 2. Ni tampoco se ha justificado por la CNMC porque se ha considerado como criterio objetivo en la determinación del importe de la sanción a imponer a las personas físicas la comparación entre el tipo sancionador total que corresponde a su empresa en función de la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción. Ni tampoco se ha especificado como, en su caso, se ha tenido en cuenta y en que medida ha influido en la determinación del importe de la sanción impuesta al recurrente.

Esta falta de motivación conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en cuanto que se desconocen cuáles han sido los criterios que han determinado el importe de la sanción de multa impugnada ya que no consta ninguna referencia individualizada respecto del recurrente, especialmente en cuanto a la influencia que en su cuantificación haya podido tener su categoría profesional ni tampoco la gravedad de su participación. Es cierto que esta Sala ha aplicado en numerosas sentencias la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG, que indica que *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)"*. Doctrina que no es aplicable en este caso porque no estamos diciendo que se desconozca la operación matemática que ha llevado a la cuantificación del importe de la multa -que en el caso de las personas físicas tiene el límite de los 60.000 euros- sino que se desconocen cuáles han sido los criterios concretos e individualizados se han tenido en cuenta en relación con el directivo ahora recurrente ya que, como venimos diciendo, la CNMC se ha limitado a señalar parámetros generales pero se desconoce que incidencia concreta han tenido cada uno de ellos en la individualización de la sanción de multa que finalmente se ha impuesto al SR. Carlos María .

En definitiva, estimamos la alegación de falta de motivación realizada por el recurrente con la consecuencia de que debemos acordar la estimación del recurso interpuesto en este aspecto acordando la nulidad de la resolución impugnada en cuanto a la multa impuesta a D. Carlos María .

SEXTO. Finalmente, debemos analizar la alegación del recurrente cuando indica que se vulnera el derecho a su intimidad personal y, además, afecta a su prestigio personal y profesional la referencia en la resolución sancionadora tanto de su nombre como de sus apellidos así como en la nota de prensa que publicó la CNMC al respecto el día 27 de marzo de 2019.

El artículo 69 de la LDC regula la "Publicidad de las sanciones", y establece que serán públicas las sanciones impuestas, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida y el artículo 23 RDC permite la publicación del nombre de los infractores. Por otro lado, el artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia indica que la CNMC *"hará públicas todas*



las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan [...] previa disociación de los datos de carácter personal [...] salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores".

El recurrente señala que el artículo 63.2 LDC califica como sujeto infractor a la persona jurídica que desarrolle la conducta anticompetitiva y el hecho de que un representante legal o directivo responda ex artículo 63.2 no puede implicar que también sea calificado como sujeto infractor a efectos de la publicidad de sus datos personales. Y por ello entiende que mediante la publicación de sus datos personales (estos son, su nombre y apellidos) se vulnera el artículo 37.1 LCNMC, el artículo 69 y 23 RDC, así como el artículo 18.1 CE, toda vez que se está afectando a su derecho al honor, intimidad y a la propia imagen.

Este Tribunal no comparte esta alegación. Existe habilitación legal para que la CNMC publique el nombre y apellidos del recurrente sin que resulte lesionado su derecho consagrado en el artículo 18 CE y, además, la participación del recurrente en el programa de clemencia al que se refiere el artículo 65.1.a) de la LDC no supone trato diferencial alguno en cuanto a la publicación de los referidos datos personales del recurrente. Por otra parte, rechazamos la interpretación que sostiene el recurrente con relación a la inexistencia de una habilitación legal que permita a la CNMC publicar los referidos datos personales del recurrente (esto es, su nombre y apellidos) sin que ello se traduzca en una vulneración del derecho que consagra el artículo 18 de la CE.

Esta misma Sala en la Sentencia dictada en fecha 21 de mayo de 2018 (Rec. nº 7/2016) señaló que una lectura del artículo 37.1 LCNMC y 27.4 LDC *"evidencia que a lo que habilita -y obliga- la Ley en todo caso es a publicar las resoluciones que pongan fin al procedimiento, y, entre ellas, las resoluciones sancionadoras, como era el caso"*.

Y, además, en relación con aquellos sancionados con arreglo al artículo 63.2 de la LDC, esta misma Sala en la sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2017 (Rec. nº 9/2016), señaló que: *"Por lo tanto, incluida en su parte dispositiva la sanción al actor, nada justifica que no se haga pública la resolución íntegra en estricto cumplimiento de las normas antes citadas que regulan la publicidad de las actuaciones de la CNMC, y sin que sobre ello incida la cuestión de si ha de considerarse o no infractor a la persona física sancionada por aplicación de lo previsto en el artículo 63.2 de la LDC. No puede desconocerse que la publicación de la resolución no le atribuye la condición de infractor, sino solo la de sancionado, que es, en rigor, la que refleja"*.

Además, respecto a la alegada vulneración del artículo 18 CE, la citada sentencia de 20 de mayo de 2018 señaló: *"La consideración de que "no era en absoluto necesario, ni para la disuasión general ni para la personal o particular, y resulta por tanto una violación desproporcionada, y por ello injustificada de su derecho al honor, intimidad y propia imagen, que el público en general conociera la identidad de nuestro representado", es abiertamente contraria al designio del legislador que sí lo ha entendido necesario atendiendo al interés general, que demanda el público conocimiento de un hecho de relevancia para el mercado como es la decisión de la CNMC por la cual impone una sanción por prácticas contrarias a la competencia. En definitiva, la pretensión del actor en este punto se dirige a mantener la confidencialidad de un dato que, por expresa determinación legal, no tiene el carácter de confidencial, sin aportar elemento adicional alguno que pudiera considerar prevalente su interés frente al general que exige la publicación de la resolución sancionadora en los términos previstos por la Ley"*.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 28 de marzo de 2019 y de 9 de abril de 2019 ha desestimado igualmente los planteamientos del recurrente. Así en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28 de marzo de 2019 se establece como doctrina judicial a efectos de casación que no lesiona el artículo 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. de la LDC indicando: *"Tampoco lesiona el art. 18 CE la publicación de la infracción en su totalidad, esto es el de la empresa infractora y el del miembro de esta que acordó/decidió la práctica colusoria. Asume esta Sala los razonamientos de instancia acerca de que el recurrente no justifica razones para mantener la confidencialidad del dato de la sanción impuesta. Debemos añadir que no está en juego el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE pues la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente. La sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia. Como expresa el apartado 72 de la Sentencia de 30 de mayo de 2006 del Tribunal de Primera Instancia en el asunto 198/2003, Bank Austria/ Comisión sobre prácticas contrarias a los arts. 81 y 92 del Tratado CE "el legislador comunitario ha ponderado el interés general en la transparencia de la acción comunitaria y los intereses que pueden oponerse en diferentes actos de Derecho derivado". Su apartado 94 rechaza el alegato de la empresa sancionada acerca de que la Decisión sancionadora permite identificar a las personas físicas que participaron en las reuniones por no existir violación de sus propios derechos que ni si quiera se alega. Pero más relevante en lo que aquí importa es su apartado 78 "Por otro lado, el interés de una empresa a quien la Comisión ha impuesto una multa por infracción del Derecho de la competencia en que no se divulguen públicamente los detalles de la conducta constitutiva de infracción que se le imputa no merece ninguna protección particular, habida cuenta del interés del público en conocer con la mayor amplitud posible los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los*



operadores económicos en saber cuáles son las conductas por las que pueden ser sancionados y del interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer sus detalles, con el fin de poder hacer valer, en su caso, sus derechos frente a las empresas sancionadas, y considerando que la empresa dispone de la facultad de someter a control jurisdiccional tal decisión". Vemos, pues, que lo reflejado en la Exposición de Motivos de la LDC, tal cual ha alegado el ministerio público, tiene un pleno antecedente en el derecho de la Unión Europea "se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten".

Y en fecha más reciente el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en fecha 14 de marzo de 2017, asunto 162/201, Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea, sanción por existencia de cártel ilegal en el mercado europeo del peróxido de hidrogeno y del perborato nos dice en su punto 117: "Procede señalar que el Tribunal General declaró, en los apartados 125 y 126 de la sentencia recurrida, que el derecho a la protección de la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta no puede impedir la divulgación de información que, como la que se prevé publicar en el caso de autos, se refiere a la participación de una empresa en una infracción del Derecho de la Unión en materia de prácticas colusorias, declarada en una decisión de la Comisión adoptada con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento n° 1/2003 y destinada a publicarse de conformidad con el artículo 30 del mismo Reglamento, ya que un particular no puede, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocar lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH para quejarse de un perjuicio a su reputación que resulte de forma previsible de sus propias acciones".

En consecuencia, rechazamos esta alegación y en este aspecto concreto confirmamos la resolución sancionadora impugnada.

SÉPTIMO. Las anteriores consideraciones llevan a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto lo cual implica que no efectuamos un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia 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 PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo n° **1311/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramon Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de **D. Carlos María**, 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. Resolución que ahora anulamos pero exclusivamente por la falta de motivación en la determinación de las sanciones de multa impuestas al recurrente que dejamos sin efecto.

No se efectúa un pronunciamiento especial sobre 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.