



Roj: **SAN 2257/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2257**

Id Cendoj: **28079230062024100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/04/2024**

Nº de Recurso: **949/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000949 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06995/2019

Demandante: D. Jon

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

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 veintiuno de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 949/19 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **D. Jon** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de 55.800 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 "... dicte sentencia declarando la nulidad de la Resolución atendiendo al carácter infundado de las imputaciones realizadas sobre mi representado debido a las siguientes consideraciones:

I.- Por constituir las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, en el mes de julio de 2016, inspecciones de carácter exploratorio o "fishing expeditions", infringiéndose los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 18 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), así como los derechos de defensa y de presunción de inocencia del Sr. Jon (artículo 24 CE) y los artículos 27 Ley 3/2013 y 49 LDC (relativos, respectivamente, a las facultades de inspección de la CNMC y a la iniciación de los procedimientos sancionadores tramitados por ésta). En consecuencia, todas las actuaciones, pruebas o declaraciones posteriores a estas inspecciones que no tengan relación con el Proyecto Follo Line, en particular, la segunda ronda de inspecciones llevadas a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, así como las declaraciones posteriores de ALSTOM y SIEMENS en el contexto de sus solicitudes de clemencia, son también nulas de pleno Derecho en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado;

II.- Por haberse imputado al Sr. Jon su participación en el supuesto Cártel del Ferrocarril Convencional por un periodo de 12 años cuando, por un lado, la infracción correspondiente a los hechos que se le atribuyen, relativos a líneas de tren convencional se encontraría, en todo caso, prescrita y la CNMC no aporta indicios de infracción relativos a la participación del Sr. Jon por un periodo continuado de 9 años;

III.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas al Sr. Jon relativas a líneas de alta velocidad como una infracción única y continuada - el supuesto Cartel del AVE - sin que concurren, en absoluto, los requisitos esenciales de esta figura jurídica;

IV.- Por sancionarse una serie de supuestos ilícitos relativos a líneas de alta velocidad posteriores al 29 de diciembre de 2013, que no han sido acreditados, infringiéndose los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE, las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad, reconocidas, entre otros, por los artículos 24 y 9 CE.

Subsidiariamente, que se declaren improcedentes las multas impuestas por la Resolución al Sr. Jon, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto, por no haberse acreditado una participación en las supuestas conductas imputadas a mi representado que tenga una entidad suficiente como para que sea susceptible de resultar. En segundo grado de subsidiariedad, que se declaren improcedentes las multas impuestas por la Resolución al Sr. Jon, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto relativas a la vulneración del artículo 64 de la LDC, del deber de motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 24 CE) y del principio de proporcionalidad (artículo 9 CE).

En tercer grado de subsidiariedad, que se fijen las referidas multas impuestas a mi representado en un importe global no superior a 9.528€, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 21 de febrero de 2024, en que tuvo lugar, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna el actor la resolución dictada con fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS, cuya parte dispositiva era, en cuanto aquí interesa, del siguiente tenor literal:

"Primero. 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:

(...)

- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, 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:

(...)

- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, 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:

(...)

- ELECTRÉN, S.A.: 2.281.178 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:

(...)

- ELECTRÉN, S.A.: 905.229 euros

(...)

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

(...)

- D. Jon , Director General ELECTRÉN, S.A: 55.800 Euros

(...)

Sétimo. De conformidad con el fundamento séptimo, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

Octavo. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

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. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, y la solicitud de exención se refería a las eventuales sanciones derivadas del acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line, en el que habría participado una filial de ALSTOM, S.A. En la solicitud de exención, junto con la documentación presentada, se incorporaba información y elementos de prueba de la infracción.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 1 de julio de 2016, concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, S.A. (ELEC NOR) 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).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, y de la aportada por ALSTOM, la DC acordó con fecha 30 de mayo de 2017 la incoación del expediente NUM000 Electrificación y Electromecánica 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; ELEC NOR; 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.

5) El 10 de noviembre de 2017 SIEMENS, S.A. presentó una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, y en relación con las prácticas llevadas a cabo en el mercado español para la fabricación, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de electrificación ferroviarios.

6) Con fecha 21 de diciembre de 2017 la DC amplió el acuerdo de incoación a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a quince directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente: directivos de ALSTOM: D. Juan Carlos, D. Juan Antonio y D. Juan Alberto; de COBRA: D. Pedro Francisco y D. Pedro Enrique; de CYMI: D. Marco Antonio; de ELECTRÉN: D. Jon y D. Adolfo; de SEMI: D. Agapito; de CITRACC: D. Alfonso; de ELEC NOR: D. Alvaro y D. Ambrosio; de INABENSA: D. Apolonio; de INDRA: D. Argimiro y de SIEMENS: D. Aurelio.

7) Con fecha 26 de febrero de 2018 el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

8) Tras las actuaciones e incidencias que refleja el expediente administrativo, con fecha 19 de julio de 2018 se acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento; y el 22 de agosto siguiente 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 que acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 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 TFUE.

9) 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, quedando suspendido el plazo máximo para resolver el procedimiento en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC; plazo que fue ampliado a solicitud de varios interesados por cinco días. Y, levantado que fue, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna el 14 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando alude a la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a ELECTRÉN, S.A., como una empresa con sede en Madrid cuya actividad se divide en tres líneas de negocio dedicadas al ámbito ferroviario: Construcción y mantenimiento de líneas aéreas de contacto; diseño, construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas y de sistemas de protección; control, construcción y mantenimiento de líneas de distribución de baja tensión. Pone de relieve también que, ante los indicios de su probable participación en las conductas investigadas, se amplió la incoación contra D. Jon, que fue Director General de ELECTRÉN y D. Adolfo, Director General de Producción.

El actor rechaza en primer lugar la legalidad de la resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad de la empresa, ELECTRÉN, lo que obliga a analizar esta cuestión pues una eventual estimación del recurso en ese sentido determinaría a su vez la revocación de la sanción impuesta al Sr. Jon.

Ha de decirse, no obstante, que en sentencia de esta misma fecha recaída en el recurso núm. 913/19, seguido a instancia de la propia ELECTRÉN, S.A., se han resuelto las mismas cuestiones que plantea el actor en este procedimiento. Por tanto, teniendo en cuenta que los motivos invocados eran sustancialmente los mismos, y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo resuelto en dicha sentencia, sin perjuicio de los efectos que su pronunciamiento haya de tener en relación a la responsabilidad del Sr. Jon, especialmente al haberse declarado prescrito en dicha sentencia un período de la conducta atribuida a ELECTRÉN en el cártel de tren convencional.



Por tanto, en el presente proceso nos ceñiremos a los motivos de impugnación que cuestionan la responsabilidad del actor al margen de los que se refieren a la de ELECTRÉN y que, reiteramos, han quedado ya resueltos. Responsabilidad del actor que la resolución fundamenta en la aplicación del artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En efecto, justifica la aplicación de dicho precepto al Sr. Jon , Director General de ELECTRÉN, "... por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde mayo de 2002 hasta mayo de 2014". Señala a continuación que "... El citado directivo es uno de los firmantes del documento del año 2002 que representa el acuerdo general de reparto de todas las licitaciones de ADIF en este mercado por lo que debió ser plenamente conocedor de que los repartos sucesivos que se produjeron se basaban en ese acuerdo, con independencia de su participación en los concretos repartos en ejecución del citado acuerdo (hecho 1). Vuelve a aparecer su participación en el año 2004 (hecho 11), y en el año 2013 (hechos 29 y 35 y folios 1985 y 1986, 17759, 17820 y 17821)".

Y asimismo se refiere a su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2008 hasta enero de 2015. Indica al respecto que "Aparece en un acuerdo de 7 de abril de 2008, que se recoge en el hecho 73 de la resolución. Aparece igualmente en hechos del año 2010 (hechos 106, así como en los folios 1734, 1735, 17454 y 17456), del año 2011 (hecho 111 y folios 1754 y 1755, 18493 a 18496, 1776, 1777, 18500 y 18501, 1871 a 1873 y 17181 a 17183), del año 2013 (hecho 116) y del año 2014 (hecho 142, 152 y 165, así como en los folios 17949 y 17951, 17945, 20960 a 20963, 21040 a 21043)".

Además, con carácter general declara en relación a las personas físicas a las que sanciona que " Todos ellos tienen o han tenido la condición de directivos de las empresas partícipes en las conductas infractoras, con conocimientos 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".

TERCERO.- El examen de la pretensión del recurrente debe partir de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en interpretación del artículo 63.2 de la LDC, según el cual "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 la conducta.

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 sentencia de 28 de enero de 2020, recurso de casación núm. 7458/2018, sintetiza la referida doctrina y señala al respecto lo siguiente:

"La interpretación del alcance del art. 63. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia a los efectos de establecer el grado de participación o intervención que ha de exigirse a los representantes o directivos de las empresas implicadas en la actividad contraria a la competencia, ya ha sido abordado y resuelto por este Tribunal Supremo en dos sentencias nº 1287/2019 de 1 de octubre de 2019 (rec. 5244/2018) y la STS nº 1288/2019, de 1 de octubre de 2019 (rec. 5280/2018) esta última dictada en un recurso de casación referido al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

En ellas afirmábamos, y ahora reiteramos, que:

"La razón de decidir de la sentencia impugnada, como antes se ha indicado, se basa en que la conducta sancionada por el artículo 63.2 LDC se limita a una intervención en los hechos que pueda considerarse determinante o relevante, que la Sala de instancia califica como una específica forma de coautoría, quedando excluida del tipo infractor la participación accesorio o de segundo nivel, que considera atípica.

Sin embargo, esta exigencia de una intervención determinante o esencial en los hechos no tiene soporte en el texto del artículo 63.2 LDC , que exige simplemente la "intervención" del representante legal o del órgano directivo en el acuerdo o decisión. Tampoco ofrece el indicado precepto legal elemento alguno que permita circunscribir su ámbito de aplicación a un grado de intervención equivalente a la coautoría, sino que lo que el precepto establece es que pueden ser sancionadas las personas físicas -que sean representantes legales o formen parte de los órganos directivos- que intervengan en el acuerdo anticompetitivo, a quienes por tanto se les atribuye responsabilidad por esa personal intervención.

(...)

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. Como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, esta 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 anticompetitivo del personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora.

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.

Queda por decir que si bien la intervención en el acuerdo o decisión del representante legal y de los directivos de la empresa infractora es sancionable conforme al artículo 63.2 LDC, de conformidad con lo anteriormente razonado, la mayor o menor importancia o relevancia de esa intervención tendrá proyección, en su caso, sobre las consecuencias sancionadoras que se asignen a la conducta infractora, a decidir en el momento de la individualización o cuantificación de la multa prevista en dicho precepto legal.

Así lo ha venido manteniendo esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 18 de julio de 2016 (recurso 2946/2013, "Productores de Uva y Vinos de Jerez"), en la que hemos señalado que la participación y distinto grado de protagonismo del sujeto en la conducta infractora tiene su reflejo en la individualización de la sanción.

TERCERO.- A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva -autor material, inductor, cómplice, etc-, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción -inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)- se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor.

No obstante, pese a no existir en el Derecho Administrativo sancionador la mencionada categorización dogmática en función del grado de protagonismo de los partícipes en la conducta infractora (tampoco se encuentra una sistematización de esa índole en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ambas de próxima entrada en vigor), sí hay manifestaciones parciales de esa forma de graduación en determinadas leyes sectoriales. En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia, tras enunciar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 los "criterios para la determinación del importe de las sanciones", el artículo 64.2.b/ incluye entre las circunstancias agravantes la que se refiere a "la posición de responsable o instigador de la infracción", lo que constituye una clara referencia, siquiera parcial o incompleta, al diferente grado de participación en la conducta infractora.

En igual sentido, en la sentencia de 25 de mayo de 2017 (recurso 3600/2014, "espuma de poliuretano"), hemos insistido en que la importancia de la intervención en los hechos debe ser ponderada en la cuantificación de la sanción:

Ciertamente, del planteamiento del motivo se desprende que la sociedad acepta la participación en los hechos, si bien, únicamente discrepa de la importancia de tal intervención, lo que no conlleva la exención de su responsabilidad, sino que afecta, en su caso, a las circunstancias modificativas y a la cuantía de la sanción



a imponer, pero no sirve de sustento al alegato de inexistencia de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia".

A la vista de lo que lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso de casación ha de ser, al igual que sostuvimos en dichas sentencias, 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".

El Tribunal Supremo en esta misma sentencia, y con referencia a la de 1 de octubre de 2019 (rec. 5280/2018), que resolvió un recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, pone de manifiesto la necesidad de analizar, para determinar la eventual responsabilidad de los directivos, los dos elementos que han de determinar dicha responsabilidad: por un lado, los de naturaleza subjetiva, es decir, los que afectan a la condición de directivo y a su adecuada determinación; y, por otro, la prueba concreta de su participación en los hechos objeto de sanción, elemento objetivo al que de manera explícita alude el artículo 63.2 al exigir, para poder apreciar la responsabilidad de los directivos, no solo que tengan dicha condición, sino que "... hayan intervenido en la conducta".

Pues bien, por lo que atañe a los requisitos subjetivos, dice la referida sentencia lo siguiente:

"En lo referente al cumplimiento de los requisitos subjetivos, para ser responsable de la infracción por el artículo 63.2 de la LDC, ya hemos dicho que solo puede ser imputada a los concretos sujetos activos identificados en el tipo infractor, los representantes legales y las personas que integran los órganos directivos. En tal sentido afirmábamos "La LDC no contiene una definición de qué deba 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)

La resolución sancionadora de la CNMC (FD 4.5) considera órganos directivos a "las personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica" [...], "que ostenta(ba)n facultades de organización y control dentro de la misma" [...] "con capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las cuales tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad, que desempeñaban con autonomía".

Se trata de definiciones de órgano directivo que están muy próximas a las de los sujetos a que se refiere el artículo 31.bis.1.a) del Código Penal: "aquellos que ...están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma":

Esta Sala ya ha establecido una doctrina jurisprudencial sobre este sujeto activo de la infracción del artículo 63.2 de la LDC -"las personas que integran los órganos directivos"- en las sentencias 430/2019, de 28 de marzo (casación 6360/2017) y 483/2019, de 9 de abril (casación 4118/2017).

En dichos recursos de casación el auto de admisión planteó como primera cuestión de interés casacional si el artículo 63.2 LDC, en relación con el artículo 25 CE, permite integrar en su formulación y, por tanto, sancionar a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora o bien la previsión normativa únicamente era de aplicación a los órganos colegiados a los que se refiere el segundo párrafo del precepto, y la doctrina establecida por las indicadas sentencias fue la de considerar que una interpretación del artículo 63.2 de la LDC que contemple su aplicación al personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora no lesiona el artículo 25 CE.

Tal conclusión se basaba en que la Sala estimó ajustada a nuestro sistema constitucional la interpretación del artículo 63.2 de la LDC llevada a cabo en la sentencia recurrida (sentencia de 14 de septiembre de 2017, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales 10/2016), que consideró que el concepto de persona integrante de los órganos directivos no quedaba circunscrita, como sostenía la parte recurrente en aquel caso, a quienes formen parte de los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 63.2 de la LDC, pues dicho párrafo alude "a un supuesto muy concreto de los diversos que pueden conllevar la responsabilidad del órgano directivo".

También la primera de las sentencias de esta Sala que hemos citado acoge y hace suya la definición de órgano directivo expresado en la sentencia recurrida, que considera como tal cualquiera de los que integran la persona



jurídica "que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación", siendo de destacar que la norma legal ha otorgado a este elemento del tipo infractor un indudable componente fáctico.

No cabe duda, por encontrarnos en el ámbito de la aplicación del Derecho administrativo sancionador, de que la acreditación de los elementos del tipo infractor, y en particular, la concurrencia de la condición de órgano directivo de la persona jurídica infractora, con el alcance que hemos indicado, corresponde a la Administración que pretende imputar la infracción".

En cuanto a las condiciones objetivas de participación del directivo como elemento necesario para declarar su responsabilidad, el Tribunal Supremo hace en la sentencia citada una referencia a la práctica anticompetitiva acreditada de la empresa a la que pertenece el directivo para, a continuación, valorar su concreta intervención en los hechos. Y, tras dicha valoración concluye que, en el supuesto que enjuiciaba, "... procede la estimación del recurso contencioso administrativo y la anulación de la resolución de la CNMC recurrida, al no resultar acreditada la intervención de la recurrente, en su condición de cargo directivo de ... como Secretaria General, en los acuerdos o decisiones anticompetitivos que se han descrito con anterioridad".

Por tanto, el examen que hemos de hacer ahora para determinar la legalidad de la decisión de la CNMC de sancionar al Sr. Jon debe gravitar sobre estas dos cuestiones: su condición de directivo, en los términos en que lo ha interpretado la jurisprudencia; y la acreditación de su participación efectiva en los hechos sancionados.

CUARTO.- Con carácter previo ha de insistirse en que la responsabilidad de ELECTRÉN en la comisión de la infracción, presupuesto necesario para poder apreciar la de uno de sus directivos, ha sido analizada en sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso núm. 913/19 que estima de manera parcial el recurso al declarar prescrita una parte del período infractor del cártel de tren convencional.

Dicho esto, y sin perjuicio de las consecuencias que la estimación parcial haya de tener sobre la eventual responsabilidad del actor, tenemos que pronunciarnos acerca de si el Sr. Jon era o no directivo de ELECTRÉN en el sentido apuntado en el fundamento anterior, es decir, si concurre el descrito elemento subjetivo.

Creemos que esa condición no puede en este caso negarse pues, al margen de que no la cuestiona el recurrente, el puesto ocupado (Director General) conlleva implícitas las facultades de dirección, organización y planificación que definen un cargo directivo.

En cuanto a la prueba de la intervención del actor en los hechos sancionados, segundo presupuesto necesario para declarar su responsabilidad por aplicación del artículo 63.2 de la LDC, y por lo que se refiere al cártel de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, la sentencia dictada en el recurso núm.913/19 declara la prescripción de las conductas de ELECTRÉN anteriores a octubre de 2013, lo que determina que los hechos atribuidos al Sr. Jon por ese período no puedan ser considerados como prueba de su participación en la conducta ni dar lugar entonces a responsabilidad alguna.

Respecto de los posteriores a esa fecha, la prueba que relaciona la resolución acerca de la participación de ELECTRÉN en los acuerdos de reparto de licitaciones es concluyente. En el hecho 29 se menciona el correo electrónico remitido por el director de contratación de ELECTRÉN a directivos de SEMI, COBRA, ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, en el que propuso un reparto de las obras de mantenimiento licitadas tras haberlo valorado con el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, adjuntando un propuesta de reparto y la eventual formación de UTE. Correo que obra a los folios 1075 a 104 y 17369 obtenidos en la inspección, precisamente, de ELECTRÉN, y que es del siguiente tenor literal:

"Estimados TODOS:

Adjunto una propuesta de reparto de las obras de Mantenimiento, en lo que considero, un mejor servicio a ADIF...

Comentando el tema con (Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM) él me propone un acercamiento entre las empresas, que sería la 2ª propuesta de reparto, que no se ha desglosado en medios...

¿¿Proponemos un acuerdo entre las empresas para estas ofertas basado en las propuestas de reparto?

En el caso de que os parezca bien deberíamos contestar antes del viernes para empezar a organizar los repartos y/o las UTEs... Esperando vuestras respuestas, Un saludo".

También es igualmente expresivo el correo electrónico ELECTRÉN a ELEC NOR y SEMI de 20 de diciembre de 2013 con asunto "Porcentaje Obras" (folios 17820 a 17821), recabado en la inspección de SEMI, con este texto:

"Con el fin de agilizar los trámites para la preparación de la documentación y solicitud de avales os propongo (y el que calla otorga) (...) Y para las obras de Mantenimiento de Catenaria de Adif Convencional:

SERVICIOS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE

LÍNEA AÉREA DE CONTACTO Y DE LAS SUBESTACIONES EN EL
ÁMBITO DE LAS LÍNEAS ELECTRIFICADAS DE RED CONVENCIONAL.

LOTE 1 CENTRO

Semi 33,34 %

ELECTRÉN 33,33 %

Elecnor 33,33 %

LOTE 4 ESTE

ELECTRÉN 33,34 %

Elecnor 33,33 %

Semi 33,33 %

Y OTRO LOTE A DEFINIR

ELECTRÉN 33,33 %

Elecnor 33,34 %

Semi 33,33 %

Y la empresa con la centésima de más es el responsable de "montar" la oferta".

Es impensable que el Director General de ELECTRÉN estuviera al margen de todo ello, por lo que compartimos el criterio de la CNMC en cuanto a su responsabilidad por tales hechos.

Por lo que se refiere a su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2008 hasta enero de 2015, la resolución recurrida se remite al acuerdo de 7 de abril de 2008, que se recoge en el hecho 73 de la resolución, indicando que aparece igualmente en hechos del año 2010 (hechos 106, así como en los folios 1734, 1735, 17454 y 17456), del año 2011 (hecho 111 y folios 1754 y 1755, 18493 a 18496, 1776, 1777, 18500 y 18501, 1871 a 1873 y 17181 a 17183), del año 2013 (hecho 116) y del año 2014 (hecho 142, 152 y 165, así como en los folios 17949 y 17951, 17945, 20960 a 20963, 21040 a 21043).

La prueba de la participación de ELECTRÉN en ese cártel y período todo ello es fácilmente constatable por la simple lectura de los documentos del expediente a los que remite y que son también muy expresivos de la concertación.

A simple título de ejemplo, puede citarse el acuerdo de reparto de licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad, acuerdo AVE-Adif suscrito entre COBRA, ELECNOR, SEMI y ELECTRÉN y obtenido en la inspección de COBRA, folios 18869 y 18870, del siguiente tenor literal:

"ACUERDAN:

1. Compartir Producción y Margen del contrato "Subestaciones y CT asociados en el tramo Motilla del Palancar Valencia -Motilla de Palancar Albacete en las siguientes condiciones.

2. La participación de cada una de las empresas será sobre un importe adjudicado:

ELECTRÉN 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Elecnor 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Cobra 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Semi 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

3. Que Cobra y Semi formaran parte de una UTE subcontratista de la UTE adjudicataria sin coeficiente de paso que ejecutara la obra a riesgo y ventura con las participaciones indicadas en el punto 2.

4. Que en caso de que los miembros que firman este acuerdo pertenecientes a la UTE adjudicataria no crean conveniente establecer la UTE definida en el apartado 3, se establece subcontratar a Semi y Cobra la participación definida en el apartado 2, en las siguientes condiciones.

5. La Ute adjudicataria o ELECTRÉN o Elecnor harán un contrato a Semi y a Cobra en los siguientes términos:

5.1 Importe: 17.423.730,24 €

5.2 Fecha un mes posterior a la firma del contrato entre la UTE adjudicataria y ADIF y no más tarde del 30 mayo 2008.

5.3 El margen establecido será del 12,85 %.

5.4 La facturación se realizará en cuatro certificaciones con fechas:

30-11-2008

30-05-2009

30-11-2009

30-05-2010

Estas mismas condiciones aplicaran para las licitaciones de SSEE de:

Madrid Motilla.

Barcelona Frontera."

El contenido del correo de 2 de septiembre de 2014, enviado por SEMI a, entre otros, el Sr. Jon , resulta especialmente revelador. En dicho correo se dice lo siguiente:

"Buenos días.

Como conclusión de la conversación telefónica de hace unos minutos con Alvaro y Leandro , parece que no tiene mucho sentido presentar dos ofertas al concurso del asunto. Las opciones son mantener el acuerdo vigente de las tres empresas y presentar una oferta o romper el acuerdo y que cada uno de

nosotros presente la suya independientemente.

Por lo hablado creo que nos encajaría a los tres seguir con la estructura de una UTE a tercios.

Avanzando en esa idea, según el orden de preparación de ofertas, le tocaría a Electren coordinar la preparación de la misma, así como ostentar la gerencia y una participación del 33,34% en caso de ser adjudicatarios.

Si tenéis algo en contra decidlo rápido o, en caso contrario, empecemos a trabajar en el reparto de tareas.

Un saludo".

En definitiva, considera la Sala, a la vista de la prueba acopiada en el expediente, que la participación del actor en el cártel de tren convencional por el período que hemos acotado, y en el cártel de AVE por la totalidad del período que le atribuye la CNMC, está acreditada a los efectos de la aplicación del artículo 63.2 de la LDC.

QUINTO.- Procede a continuación abordar la denuncia de falta de motivación suficiente de la sanción, cuyo importe es calificado por el actor de arbitrario y desproporcionado.

La resolución dedica el apartado 6.4 de su fundamentación a la determinación de los criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables, en el que hace la consideración siguiente:

"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".

A continuación, incluye los cuadros (uno por cada uno de los dos cárteles) en los que aparece consignado el tipo sancionador aplicado a la empresa del directivo, la duración de su participación en la conducta (en meses) y la categoría profesional, a partir de lo cual, y sin ningún otro razonamiento adicional, fija el concreto importe de la multa correspondiente a cada uno de los directivos.

Además, y en el cártel de AVE, introduce algunos criterios de modulación en el caso de los directivos -entre los que se incluye D. Jon - que hubieran sido también sancionados en el cártel de tren convencional.



Pues bien, consideramos que la determinación de la cuantía de la multa de los directivos a partir del tipo sancionador aplicado a su empresa contraviene el principio de responsabilidad personal que, en su formulación más general, impide que alguien pueda ser sancionado por hechos ajenos; y que aquí se ve percutido en la medida en que se gradúa la entidad de la sanción del directivo en atención a la gravedad de la conducta de persona distinta -en este caso jurídica, la empresa a la que pertenece y que cometió la infracción-.

A lo que ha de añadirse que esta forma de cuantificación de la multa se aparta de la previsión del artículo 63.2 de la LDC que configura como elemento esencial para la determinación de la responsabilidad del directivo, además de su condición de tal, su "intervención en la conducta".

Por otro lado, la indefinición de los criterios que han llevado a la CNMC a fijar la cuantía es evidente: se alude a 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 más precisiones, y sin especificar cual podría ser la razón para suponer que el actor debe incluirse en una o en otra categoría; citando el precedente genérico de lo hecho en "anteriores expedientes", sin concretar tampoco en cuáles, ni la razón de identidad que pudiera justificar aquí la aplicación del mismo criterio.

Imprecisiones todas ellas que esta Sala considera incompatibles con el derecho sancionador.

Resulta entonces obligado concluir que la cuantificación de la multa impuesta al Sr. Jon se ha hecho de manera contraria a Derecho, por lo que debe ser anulada.

SEXTO.- Procede, en atención a lo razonado, la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada, por lo que las costas procesales habrán de ser satisfechas por la Administración demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **D. Jon** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de 55.800 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la multa impuesta al actor, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.