



Roj: **SAN 2249/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2249**

Id Cendoj: **28079230062024100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/04/2024**

Nº de Recurso: **923/2019**

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: 0000923 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06878/2019

Demandante: D. Jesús María

Procurador: D. DAVID GARCÍA RIQUELME

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: SIEMENS , ALSTOM TRANSPORTE SAU, ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS ADIF

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 veinticinco de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 923/19 promovido por el Procurador D. David García Riquelme en nombre y representación de **D. Jesús María** 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 45.100 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 por la que, con estimación de la presente Demanda, declare NO ser conforme a derecho la Resolución dictada por el Consejo -Sala de Competencia- de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en fecha 14 de marzo de 2019 (Expte. NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS) y, en consecuencia, la anule totalmente; SUBSIDIARIAMENTE, la anule parcialmente reduciendo significativamente el importe de la multa impuesta a esta parte, con expresa imposición de costas".

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:

(...)

- SIEMENS, S.A., y solidariamente a su matriz SIEMENS, AG.

(...)

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:

(...)

- SIEMENS, S.A., y solidariamente a su matriz SIEMENS, AG

(...)

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:

(...)

- SIEMENS, S.A.: 16.200.000 euros

(...)

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

(...)

- SIEMENS, S.A.: 600.000 euros

(...)

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

(...)

- D. Jesús María, Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS, S.A.: 45.100 euros.

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

(...)

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

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

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

(...)

Séptimo. 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. Cecilio , D. Cesar y D. Cirilo ; de COBRA: D. Cornelio y D. Bartolomé ; de CYMI: D. Daniel ; de ELECTRÉN: D. Dimas y D. Eduardo ; de SEMI: D. Camilo ; de CITRACC: D. Eleuterio ; de ELECNOR: D. Epifanio y D. Estanislao ; de INABENSA: D. Eutimio ; de INDRA: D. Ezequias y de SIEMENS: D. Jesús María .

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 d 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 SIEMENS, S.A. (SIEMENS) como una empresa con domicilio social en Madrid, que desarrolla soluciones de suministro de energía para infraestructuras de líneas convencionales y metropolitanas a través de líneas áreas de contacto y subestaciones y mantenimiento de infraestructuras ferroviarias. Indica que el área de negocio Customer Services Rail Electrification es responsable de los servicios de mantenimiento y soporte tecnológico a los sistemas de electrificación (líneas aéreas de contacto, subestaciones de tracción y telemandos de energía) instalados para ADIF o para otras administraciones públicas. Precisa también que, ante los indicios de su probable participación en las conductas investigadas, se amplió la incoación de este expediente sancionador contra D. Jesús María , Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS.

Ha de destacarse el hecho de que la resolución recurrida acordó reducir en un 45% el importe de la multa correspondiente a SIEMENS, S.A., y a su matriz SIEMENS, AG., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC.

Y puesto que los motivos en los que el Sr. Jesús María sustenta su demanda no cuestionan en ningún caso la responsabilidad que la CNMC atribuye a SIEMENS, ni los hechos en los que se basa dicha responsabilidad, el litigio se reduce a determinar únicamente la 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.

La resolución recurrida justifica la aplicación de dicho precepto al Sr. Jesús María , como Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS, S.A., de este modo:

"- por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde agosto de 2014 hasta septiembre de 2014 (hecho 41 y folios 26480 a 26514, 21366 a 21444, 21445 a 21446, 21471 a 21485).

- por 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 agosto de 2013 hasta marzo de 2016.

Su participación en la infracción de la empresa a la que representa queda acreditada en hechos del año 2013 (hechos 116, 122), del año 2014 (hechos 143, 144, 159, 160 y 165 y folios 17215 y 20972, 20984, 20999 a 21003 y 17227 a 17231, 21040 a 21043) y del año 2015 (hecho 182 y folios 21523 y 21524)".

Además, con carácter general declara respecto de 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. Jesús María 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 decirse que la responsabilidad de SIEMENS en la comisión de la infracción, presupuesto necesario para poder apreciar la de uno de sus directivos, ha sido confirmada en sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso núm. 916/19.

Dicho esto, debemos analizar si el Sr. Jesús María era o no directivo de SIEMENS en el sentido apuntado en el fundamento anterior, es decir, si concurre el descrito elemento subjetivo, condición que expresamente niega el actor.

Debemos recordar que la justificación de la condición de directivo pesa sobre la Administración sancionadora, como de manera expresa exige el Tribunal Supremo al declarar en la sentencia antes transcrita que "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 nuestro caso la resolución recurrida, tras citar diversos pronunciamientos de esta Sala sobre la interpretación del artículo 63.2 de la LDC, se limita a afirmar que procede la aplicación de dicho precepto a las personas físicas que relaciona a continuación, entre las que incluye a D. Jesús María, por su participación en los hechos que describe. Y por último, y con alcance general para todos los directivos, dice lo siguiente:

"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".

Por tanto, no hay una referencia alguna al puesto desempeñado por el actor en SIEMENS, a las responsabilidades y funciones que conllevaba, ni al ámbito y alcance de sus decisiones.

Frente a esa ausencia de justificación suficiente que exige la atribución de responsabilidad por la condición de directivo, la prueba testifical practicada en autos (declaraciones de D. Javier y de D. Genaro, quienes coincidieron como trabajadores de SIEMENS con el actor), junto con la documental aportada con la demanda, pone de manifiesto que, en su condición de Jefe de Ventas, el demandante era responsable de ventas a nivel nacional, lo que, dada la estructura de la empresa, y la configuración de las divisiones que la integraban, no hacía posible que el Sr. Jesús María tuviera la capacidad de dirección y de adoptar decisiones que le atribuye la resolución sancionadora, especialmente teniendo en cuenta que la presentación de ofertas estaba sometida a un procedimiento interno de obligado cumplimiento, denominado "LoA", que limitaba la autoridad para aprobar la adquisición de proyectos y la presentación de ofertas a niveles específicos, procedimiento interno en el que habían de analizarse un conjunto de factores y riesgo para identificar el nivel de dirección necesario para tomar la decisión final en relación a una oferta, según manifestaron de manera coincidente los testigos.

Junto con la demanda se aportó además la documentación explicativa del referido procedimiento de adopción de decisiones en el seno de la empresa en relación a la presentación de ofertas, resultando especialmente gráfico el diagrama en el que se evidencian los filtros necesarios para ello, con un trámite de evaluación de riesgos y la intervención de varias personas a partir de un determinado importe de contratación.

Es significativa la declaración testifical en la que se detalla que toda oferta presentada por SIEMENS ESPAÑA, cualquiera que fuera su importancia económica, debía contar con la aprobación y firma de dos responsables al más alto nivel en SIEMENS ESPAÑA, uno técnico y otro financiero; y que toda oferta superior a un millón de euros presentada por esta entidad debía contar, además, con la aprobación de SIEMENS matriz.

Ello conforma un principio de prueba que, ante la total ausencia de justificación en la resolución recurrida, lleva a esta Sala a considerar que el Sr. Jesús María no ostentaba la condición de directivo en los términos que requiere el artículo 63.2 de la LDC y la jurisprudencia que lo ha interpretado.

Esta conclusión no se ve afectada por la respuesta que la CNMC ofrece en la resolución a las alegaciones formuladas en el expediente por el actor, respuesta del todo genérica que se limita a afirmar que *"... ninguno de los directivos incoados en el presente expediente lo son a título de sujetos infractores del artículo 61.1 de la LDC, sino que tanto D. Jesús María como el resto de personas físicas incoadas lo han sido en su condición de directivos de las personas jurídicas imputadas, no por actuar sin el conocimiento o contra las instrucciones de las empresas en las que prestaban servicios, sino por haber participado activamente en unas conductas de las que su empresa es considerada la responsable, es decir, actuaciones que realizaron en nombre y representación de sus empresas"*.

En ella no solo no se argumenta acerca de los hechos probados que pudieran acreditar la condición de directivo del Sr. Jesús María, sino que se confunde el título de imputación de los dos que contempla el artículo 63.2 (directivo y representante legal) pues se le atribuye haber actuado *"... en nombre y representación de la empresa"*, sin referencia alguna a sus facultades de dirección.

QUINTO.- Por lo demás, y como exponemos en sentencias de esta misma fecha que resuelven recursos interpuestos por otros directivos sancionados por la misma resolución que se recurre (así, y entre otros, recursos 1309/19 y 1313/1), 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.

Además, y en el cartel de AVE, introduce algunos criterios de modulación en el caso de los directivos -entre los que se incluye D. Jesús María - que hubieran sido también sancionados en el cartel 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.

SEXTO.- En atención a lo hasta aquí expuesto, resulta obligado estimar el recurso y anular la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a D. Jesús María, debiendo correr con las costas de esta instancia la Administración demandada conforme a lo dispuesto para estos casos 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. David García Riquelme en nombre y representación de **D. Jesús María** 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 45.100 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y a la sanción impuesta a D. Jesús María, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ