



Roj: **SAN 2250/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2250**

Id Cendoj: **28079230062024100248**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/04/2024**

Nº de Recurso: **1309/2019**

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: 0001309 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 09493/2019

Demandante: D. Tomás

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF ALTA VELOCIDAD 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 veinticinco de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 1309/19 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **D. Tomás** 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 57.400 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 en la que, estimando las pretensiones de esta parte, 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.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada"

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 28 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:

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, 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:

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, S.A.

(...)

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

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, 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:*

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 6.600.000 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:*

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 1.300.000 euros

(...)

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

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 933.294 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. Arcadio , Presidente de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 57.400 euros

- D. Tomás , Director General y de Ofertas de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U: 57.400 euros

- D. Bernabe , Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 40.900 euros

(...)

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

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

(...)

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 Folio 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 ELECNOR, S.A. (ELECNOR) 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; ELECNR; 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. Arcadio, D. Tomás y D. Bernabe; de COBRA: D. Florencio y D. Gervasio; de CYMI: D. Gregorio; de ELECTRÉN: D. Herminio y D. Hilario; de SEMI: D. Hugo; de CITRACC: D. Ildefonso; de ELECNR: D. Jacinto y D. Leandro; de INABENSA: D. Marino; de INDRA: D. Moises y de SIEMENS: D. Obdulio.

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 ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. (ALSTOM), como una empresa con domicilio en Madrid, que tiene por objeto social la construcción, reparación y mantenimiento de material ferroviario. Añade que ALSTOM es el segundo mayor empleador del sector del transporte ferroviario en España, cuenta con una planta industrial dedicada a la fabricación de trenes y 4 centros de innovación para el desarrollo de programas I+D en materia de seguridad ferroviaria, señalización, mantenimiento y trenes. Pone de relieve también que es líder en subestaciones de alta velocidad en el mercado español y también ha instalado sistemas de electrificación, tracción, seguridad y protección civil para los dos mayores túneles de la red ferroviaria española, el túnel de Guadarrama y el túnel de Pajares.

En cuanto ahora interesa, y ante los indicios de su probable participación en las conductas investigadas, la DC amplió la incoación contra D. Arcadio, Presidente de ALSTOM, D. Tomás, Director de Market & Portfolio de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, S.A. y D. Bernabe, Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM.

Ha de decirse también que, como resulta de los antecedentes expuestos en el fundamento anterior, el Sr. Tomás se ha beneficiado, al igual que los otros dos directivos de ALSTOM frente a los que fue incoado el procedimiento, de la exención de dicha empresa del pago de la multa por aplicación del programa de clemencia.

En cuanto a los motivos de impugnación esgrimidos en la demanda, argumenta en primer lugar el actor que la resolución recurrida es nula al haberse dictado en un procedimiento caducado.

No obstante, esta cuestión ha sido abordada y resuelta en sentencia de esta misma fecha recaída en el recurso núm. 925/19, seguido a instancia de la propia ALSTOM. Por tanto, teniendo en cuenta que los argumentos invocados eran en ese procedimiento los mismos, y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo resuelto en dicha sentencia, que rechazó la caducidad.



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 ALSTOM 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. Tomás, Director General y de Ofertas de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U., "... - 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 octubre de 2013 hasta septiembre de 2014. El Sr. Tomás 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 12778 a 12779). Asimismo, aparece en varios hechos de esta resolución del año 2013 (hecho 29) y del año 2014 (hechos 37 y 41).

- 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 mayo de 2010 hasta marzo de 2016. El Sr. Tomás 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 12762 a 12765 y 12768 a 12773).

Asimismo, aparece en hechos de 2010 (hecho 106 de la presente resolución y folios 17457 a 17458), de 2011 (folios 1754, 1755 y 18493 a 18496, 841 a 843), de 2013 (folios 11326, 12822 y 12823, 12774, 12788 y 12789), de 2014 (hechos 142 y 165) y de 2015 (hecho 170).

- por su participación en el cártel para el reparto de licitaciones públicas y privadas para la construcción, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015. El Sr. Tomás 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 12781 a 12782 y 12784 a 12786). Asimismo, consta su participación en hechos de 2012 (hecho 199), y en el año 2015 (hechos 219 y 221 y folios 17304 y 17305 y folios 11421 a 11426, 3103, 11449 a 1450, 11452 a 11454)".

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 accesoria 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 3 º 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. Tomás habría de 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.

Si n embargo, es lo cierto que el actor no cuestiona los hechos cuya prueba, en buena medida, procede de la documentación aportada por ALSTOM en su declaración de clemencia, y centra su recurso en la cuantificación de la multa, afirmando al respecto que "carece de motivación y es desproporcionada".

CUARTO.- En efecto, afirma el demandante que "*Se echa de menos en la Resolución la explicación del Consejo de la CNMC sobre las razones que han llevado a la fijación de la multa impuesta al Recurrente en tanto adolece de criterios de cálculo medianamente estructurados y motivados. Es más, los aparentes criterios de cálculo empleados no valoran adecuadamente el grado de participación del Recurrente en las Conductas, deviniendo a todas luces desproporcionados y discriminatorios*".

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. Tomás - 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.

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

QUINTO.- Por último, reclama el recurrente en su demanda que "... 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".

Sobre la procedencia de que la CNMC incluya y publique tales datos nos hemos pronunciado en sentencia de 20 de abril de 2017, dictada en el recurso sobre derechos fundamentales 9/16, que dedica su fundamento de derecho quinto a analizar esta cuestión.

Decíamos en esta sentencia lo siguiente:

"Procede, por último, abordar el motivo de la demanda que denuncia la vulneración del "... derecho al honor, la intimidad y propia imagen de nuestro representado garantizado por el artículo 18 CE " al haberse publicado en la resolución recurrida la identidad de las personas físicas sancionadas.

A juicio del demandante, las normas en que se justifica la publicación, en concreto el artículo 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 37.1 de la Ley 3/2013 , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, solo posibilitan que se haga público el nombre de los infractores, siendo así que, conforme a los artículos 1 de la propia Ley 15/2007 , y 101 del TFUE , únicamente pueden tener tal condición las empresas, pues las personas físicas "no son destinatarias del tipo sancionador contenido en estas disposiciones".

Además, entiende que la publicación infringe el principio de proporcionalidad que "limita cualquier injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución".

En este caso, se habría quebrantado ese principio pues, con el único fin de disuadir de la comisión de conductas contrarias a las normas de competencia, se ha divulgado, dice la demanda, "... con carácter general un aspecto que atañe únicamente a la esfera profesional de nuestro representado (...) causándole con ello un claro daño en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en su esfera no solo profesional, sino también privada, íntima y personal".

Por ello considera que habría sido suficiente y, en suma, proporcional a la finalidad perseguida, la imposición de la sanción económica, sin necesidad de publicar, además, su identidad. Publicación que percute entonces en el derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución .

Sobre esta cuestión ha de decirse que el artículo artículo 37.1 Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dispone que "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre , salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán:... j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos".

En el mismo sentido el 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, derogado por la referida Ley 3/2013, señalaba que "Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores".

Una lectura atenta de tales disposiciones 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 es el caso.



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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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.

Llegados a este punto, resta solo analizar si dicha publicación implica una vulneración del derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

La explicación que para ello ofrece la demanda no tiene otro asidero que la propia consideración del sancionado: resulta desproporcionada la medida por cuanto, para alcanzar el buscado efecto disuasorio de la sanción, no es necesario publicar un dato que afecta, afirma, a su esfera "no solo profesional sino también privada, íntima y personal". E invoca, como decimos, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

No es propósito de la Sala analizar en profundidad el alcance y la dimensión constitucional de estos derechos, pero sí resulta imprescindible una breve mención a su contenido porque solo así puede determinarse si la publicación denunciada pudiera tener algún impacto sobre los mismos.

En cuanto al derecho a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional, Sala Primera, recuerda en su sentencia 272/2006, de 25 de septiembre de 2006, recurso núm. 3791/2003, que "el derecho a la intimidad personal que garantiza el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, o, dicho de otro modo, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, entre otras muchas)".

Por su parte, la del Pleno del mismo Tribunal Constitucional núm. 216/2013, de 19 de diciembre 2013, recurso núm. 10846/2009, pone de manifiesto en relación al derecho al honor que "... el derecho al honor, que garantiza "la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas" (por todas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4 y 9/2007, de 15 de enero, FJ 3), protege también frente aquellas críticas o informaciones acerca de la conducta profesional o laboral de una persona que pueden constituir "un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que 'la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga' (STC 180/1999, FJ 5). A este respecto, hemos concretado que la protección del art. 18.1 CE sólo alcanza 'a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido' (STC 180/1999, FJ 5)" (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ3)".

Por último, y en cuanto al derecho a la propia imagen, la sentencia 81/2001 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 26 de marzo de 2001, recurso 922/1998, advierte que "En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad --informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde. En la Constitución Española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto Constitucional...".

Pues bien, no se argumenta, siquiera mínimamente, en la demanda, y en directa conexión con el verdadero contenido de estos derechos apuntado en las sentencias del Tribunal Constitucional parcialmente transcritas,



cual pueda ser la infracción constituida por la publicación del contenido de la sanción que imponía la Ley 15/2007 y hoy la Ley 3/2013; es decir, en qué medida se ha visto afectado el derecho del sancionado a su intimidad, a su honor, o a su propia imagen cuando dicha publicación deriva del estricto cumplimiento de esas normas con rango de Ley.

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".

Este criterio es plenamente aplicable al presente caso y justifica que se rechace la pretensión deducida por el actor en este extremo.

SEXTO.- Procede, en atención a lo razonado, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución impugnada, por lo que no se hace especial imposición de las costas procesales 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 en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **D. Tomás** 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 ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de 57.400 euros.

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

Sin hacer expresa imposición de costas.

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.