



Roj: **SAN 3553/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3553**

Id Cendoj: **28079230062024100445**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **2605/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002605/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16510/2019

Demandante: D. Ramón

Procurador: D LUDOVICO MORE NO MARTÍN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **2605/2019** promovido por el Procurador D. Ludovico Moreno Martín, en nombre y representación de **D. Ramón**, contra la resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 42.400 euros de multa, por la participación, como directivo de NAVEC en una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutiva de un cartel mediante acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura.

Habiendo 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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia :

"declare no ajustada a derecho la indicada resolución sancionadora, ordenando su anulación y disponiendo la restitución íntegra de la misma a mi mandante.

Declare no ajustada a derecho la exacción del recargo ejecutivo del 5% sobre la citada sanción, ordenando su anulación y disponiendo la restitución íntegra a mi mandante.

Subsidiariamente, para el hipotético caso de no considerarse procedente la anulación de raíz de la sanción, por entender que la misma es imputable a mi mandante, proceda a ordenar la reducción del importe de la misma a ocho mil cuatrocientos ochenta euros.

Se condene en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO.- Mediante Auto de 12 de enero de 2023, se tuvo por ampliado el recurso contencioso administrativo inicialmente interpuesto contra la Resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM000 por la que se sanciona a D. Ramón con multa de 40.000 euros, al acuerdo de 8 de febrero de 2020 dictado por la AEAT por el que se gira un recargo de 2.120 euros por el ingreso de dicho importe fuera de plazo.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Mediante auto de 9 de junio de 2023, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 18 de abril, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 24 de abril de 2024, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna D. Ramón la resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 42.400 euros de multa, por la participación, como directivo de NAVEC en una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutiva de un cartel mediante acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 Montaje y Mantenimiento Industrial," era del siguiente tenor literal:

"Primero.Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007 , y del artículo 101 del TFUE , constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero..

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes empresas en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero:

Tercero.De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones

Cuarto. Imponer las siguientes sanciones a los directivos de las empresas anteriormente citadas, en atención a la responsabilidad atribuida en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución:



D. Ramón , que fue Director General de NAVEC: 42.400 euros.

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

-Eximir del pago de la multa a GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L.

-Reducir en un 50% el importe de la multa correspondiente a ENWESA OPERACIONES, S.A. y solidariamente a su matriz EQUIPOS NUCLEARES, S.A.S.M.E., resultando en una multa de 430.000 euros."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) El 12 de mayo de 2017, GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L. (NAVEC) presentó ante la CNMC una solicitud de exención del pago de la multa en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales- respecto de la sanción que pudiera imponerse por la comisión por ella misma y otro grupo de empresas de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE. La infracción habría consistido en un intercambio de información comercialmente sensible y un reparto de proyectos de servicios de montaje y mantenimiento industrial con el objeto de mantener las empresas su cuota de mercado, fundamentalmente en los sectores petroquímico y energético.

La solicitud de clemencia fue completada el 23 de octubre de 2017 y el 12 y 21 de febrero de 2018, al solicitar la ampliación de la exención a los directivos que en dicho momento integraban el órgano de dirección de NAVEC.

2) A la vista de la información recibida, la Dirección de Competencia inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación, en su caso, de un expediente sancionador.

3) El 3 de julio de 2017, la DC concedió la exención condicional a NAVEC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que le permitían ordenar el desarrollo de una inspección.

4) El 23 de junio de 2017, se dictó por la DC una Orden de Investigación en cuya virtud se realizaron inspecciones los días 4, 5 y 6 de julio de 2017 en las sedes de: - IMASA INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (IMASA), - NAVEC, TAMOIN, S.L. (TAMOIN), - PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA), y - TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A. (TMS). Seguidamente, se practicaron requerimientos de información a diversas empresas.

5) El 7 de marzo de 2018, se acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL al considerar que existían indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989 y el artículo 101 del TFUE por prácticas consistentes en el reparto de proyectos licitados para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, particularmente en los sectores petroquímico y energético, en España. El expediente se incoa contra las siguientes entidades:

6) El 27 de abril de 2018, ENWESA presentó una solicitud de exención del pago de la multa y, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, respecto de la sanción que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en relación con su participación en un conjunto de conductas susceptibles de ser calificadas como cártel en el sector del mantenimiento y montaje industrial.

7) El 17 de mayo de 2018, se rechazó la solicitud de exención del pago de la multa, al no cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la LDC. Sin embargo, se acordó examinar la información y los elementos de prueba presentados por la empresa en dicha solicitud, para determinar si resultaba posible valorar una reducción de su importe tal como se propuso con posterioridad.

8) El 25 de enero de 2019 se dictó el Pliego de Concreción de Hechos y el 5 de abril de 2019, se acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente.

El 13 de mayo de 2019 se acordó la Propuesta de Resolución del procedimiento, notificándola a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas, así como la propuesta de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias que considerasen convenientes, incluida la solicitud de celebración de vista.

9) La DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución, el 6 de junio de 2019 .

El 1 de julio de 2019 se acordó la remisión de información a la Comisión Europea suspendiéndose el plazo para resolver el procedimiento desde ese día y siendo levantado mediante acuerdo de 31 de julio de 2019.



El 13 de septiembre de 2019, la Sala de Competencia requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2018.

10) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó resolución en su reunión de 1 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Tras explicar el marco normativo relativo al montaje y mantenimiento de instalaciones industriales, la resolución recurrida describe el mercado de producto como el de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, principalmente en los sectores petroquímico y energético.

Distingue el montaje del mantenimiento, aunque, desde el punto de vista de la oferta, existe tendencia a ofrecer de manera integrada ambos servicios.

El montaje industrial engloba el proceso mediante el cual se emplaza cada pieza en su posición definitiva dentro de una estructura. Suele desarrollarse en condiciones complejas, bien debido a la climatología o a las complicaciones de conexión de la nueva estructura con una ya existente, bien por los plazos restringidos de ejecución o por los altos costes de inversión comprometidos y las elevadas exigencias de condiciones de seguridad de los trabajadores contratados. Los trabajos de montaje pueden incluir el diseño de la instalación a montar y/o la fabricación de los elementos que conforman la instalación.

El mantenimiento industrial, por su parte, puede tener el carácter de correctivo, preventivo o predictivo, en función de los objetivos que persiga.

Explica que, los trabajos de mantenimiento correctivo van dirigidos a corregir los fallos que se presenten en máquinas o instalaciones y suelen ser de emergencia. En ellos, la proximidad a la planta industrial es un aspecto importante, por lo que en un porcentaje importante es realizado por empresas locales o por empresas de ámbito nacional con delegaciones cercanas. En cualquier caso, debido a los impactos y costes derivados de las averías, las empresas del sector hacen énfasis en el mantenimiento preventivo ya sea periódico (se lleva a cabo en intervalos de tiempo que rondan los 6 y 12 meses), programado (se realiza en intervalos fijos de tiempo y consisten en operaciones programadas para efectuar cambios en equipos o máquinas), de mejora (para la adaptación o mejora de instalaciones para optimizar los procesos de producción) y rutinario (usualmente sugeridos por los manuales).

El mantenimiento predictivo, por su parte, consiste en anticiparse a que ocurran fallos o averías e implica el uso de tecnologías punta de alto coste.

Una parte significativa de las actividades de I+D+i realizada por las empresas de montaje y mantenimiento industrial se llevan a cabo en este ámbito. Dentro del mantenimiento industrial, en función de las especificaciones técnicas particulares, se distingue entre el montaje y mantenimiento mecánico (denominado en ocasiones metalúrgico) y eléctrico e instrumentación, vinculado a la utilización de distintos tipos de sensores analógicos y digitales y transductores aplicados a diversos tipos de automatismos y sistemas de control industrial.

Dentro de las grandes plantas industriales (nucleares, químicas y petroquímicas) se distingue entre montaje y mantenimiento de equipos dinámicos y estáticos.

Desde la perspectiva de la demanda, el tipo de servicio de montaje y mantenimiento industrial, especialmente en los sectores petroquímico y energético, viene determinado por el cliente.

Desde la perspectiva de la oferta, existe la tendencia a ofrecer de manera integrada el montaje y el mantenimiento de las instalaciones, incluyendo una amplia gama de servicios, como la ingeniería y diseño, fabricación, montaje y ajuste de instalaciones mecánicas, eléctricas, de instrumentación y control, hasta el desmantelamiento de plantas industriales, proyectos de montaje llave en mano, automatización, control e informatización de procesos industriales, mantenimiento integral o gestión de infraestructuras.

Existen cinco grupos de empresas que concentran prácticamente el 80% de facturación en el mercado. Alrededor del 20% está atendido por empresas de mediana o pequeña dimensión y de ámbito local.

En cuanto al mercado geográfico, teniendo en cuenta las conductas analizadas y la dispersión geográfica de los contratos afectados, abarca todo el territorio nacional, habiéndose señalado expresamente en relación la dimensión geográfica del mercado de servicios de instalaciones, montajes y mantenimiento.

Además, concluye que, dadas las características del mercado, de las empresas implicadas, de la cuantía de los contratos y de la conducta, se afecta el comercio interior de la Unión Europea ya que las conductas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio interior de la Unión lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE. Este extremo se aprecia claramente respecto de proyectos que, repartidos en España por empresas ubicadas en España y respecto de clientes también españoles, se ejecutaban fuera de España.



TERCERO.- La investigación realizada por la CNMC permitió acreditar, según la resolución recurrida, una serie de acuerdos de repartos de licitaciones entre las empresas sancionadas en licitaciones convocadas por operadores privados, salvo la licitación convocada por el Consorcio de Aguas de Tarragona, ente público que contrata en el marco de la LCSP y respecto del cual, afirma, consta acreditado el reparto de una licitación convocada para su Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) de Reus.

Así resulta, dice, de la prueba proporcionada en las solicitudes de clemencia de NAVEC en su solicitud de exención; la recabada en las inspecciones realizadas en julio de 2017 en las sedes de las empresas IMASA, MEISA, NAVEC, TAMOIN y TMS, la facilitada por ENWESA en su solicitud de reducción del importe de la multa, y la que resulta de la contestación a los requerimientos de información a las empresas incoadas, a otros operadores del sector y a posibles clientes afectados, como CLH, CEPSA, REPSOL, IQNTrubia, AITESA e IBERDROLA.

La resolución recurrida sanciona a D. Ramón , Director General de NAVEC, por su participación en el cártel desde agosto de 2011 hasta junio de 2016, en aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC.

Expone la resolución recurrida que consta acreditada su participación directa y activa en el reparto de proyectos e intercambio de ofertas de cobertura con competidores (folios 5.720, 5.722 a 5.730, 5.880, 6.002, 6.125, 7.106 y 7.107, 7.243, 7.244, 8.784, 8.879, 9.899 a 9.917, 13.910 a 13.912), asistencia a reuniones con competidores convocadas "para hablar de acuerdos" (folios 678 y 680, 1.013, 1.014 y 1.620), con participación activa de este directivo en su convocatoria

CUARTO.- En su demanda, la parte recurrente sostiene, en síntesis, que se ha producido la caducidad del procedimiento sancionador porque han transcurrido más de dieciocho meses entre la notificación del acuerdo sancionador a la actora el 20 de marzo de 2018 y la notificación de la resolución el 4 de octubre de 2019. Entiende además que la elevación por la CNMC de un informe no preceptivo a las autoridades de la Unión Europea se ha hecho solo por ganar un mes de tiempo.

Entiende que las prácticas que se le imputan son acuerdos singulares de cobertura, bilaterales basados en relaciones de confianza, no constitutivos de cartel y que siempre actuó con sujeción al consejo de administración

Denuncia la infracción del art. 65.3 LDC porque entiende que debe disfrutar del mismo beneficio de exención de la sanción que se ha reconocido a NAVEC, su empleador.

El recurrente considera ilógico que la compañía materialmente infractora; la que supuestamente se lucró con las actividades anticompetitivas; resulte exonerada del pago de cualquier multa; y, en cambio, la persona por medio de la cual actuaba dicha compañía infractora -que no se ha lucrado personalmente de tales actividades ilícitas- resulte a su vez condenado al pago de una multa de 45.000.- euros -importe equivalente al 75% de la sanción máxima prevista en la LDC para representantes de personas jurídicas infractoras-.

A su juicio, la resolución sancionadora vulnera el artículo 65.3 de la LDC por las siguientes razones. La exoneración del directivo se configura como un acto debido por la CNMC que no depende de la solicitud de la compañía que resulta exonerada. La LDC, no impone como requisito para la exoneración del directivo que la compañía que ha resultado exonerado por el programa de clemencia haya solicitado la exoneración también del directivo en cuestión. La extensión de la exoneración del directivo por ministerio de la Ley, en todo caso, y con la única excepción que se analiza a continuación.

El último inciso del artículo 65.3 dice que se exonerará al directivo «siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia».

Por lo tanto, si se concede la exoneración a la Sociedad, esta exoneración beneficiará al directivo, sin condicionar dicho efecto a la solicitud de la empresa pues es un acto debido. Lo contrario quebraría el principio de igualdad constitucional que, por unos mismos hechos, la persona jurídica que lleva a cabo la conducta infractora resulte exonerada de la infracción cometida y en cambio, quienes actuaron en representación de dicha persona jurídica, sin haberse visto beneficiados -en ningún caso- por las conductas infractoras, resulten sancionados. Asimismo, se vulneraría el principio de proporcionalidad del art. 29 de la Ley 40/2015.

QUINTO.- En la medida en que NAVEC presentó su solicitud de clemencia reconociendo los hechos descritos en la resolución sancionadora calificados por esta como una infracción constitutiva de cartel por la que se le impone una sanción de 9.339.700 euros si bien se le aplicó la exención y siendo el recurrente el Director General de la empresa, vamos a examinar el motivo central del recurso, referido al no otorgamiento de la exención al directivo recurrente.

La CNMC, expone las razones para no extender el beneficio de la exoneración al recurrente en los siguientes términos:



" Don Ramón fue Director General de NAVEC y afirma que, al no haberse negado a colaborar en ningún momento con NAVEC en su solicitud de clemencia, ni con la CNMC en las actuaciones instructoras que se han llevado a cabo deben extenderse los beneficios de la clemencia concedida a la empresa. Cuando la solicitud la realiza una empresa corresponde a ésta determinar e identificar si incluye en su solicitud a representantes o directivos e identificarlos, en su caso. Nadie mejor que la empresa puede valorar los representantes o directivos que han participado en los hechos objeto de investigación y que colaboran con la empresa para aportar a la autoridad de competencia la información y elementos de prueba que imperativamente debe contener la solicitud de clemencia.

NAVEC solicitó inicialmente la exención en su propio nombre y en el de sus representantes legales. El 12 de febrero de 2.018, indicó expresamente que solicitaba la exención en beneficio de todos los directivos que en aquel momento integraban el órgano de dirección de NAVEC y aclaró que D. Ramón ya no era directivo desde febrero de 2.017 (folios 18.708, 18.709 y 18.715). Por tanto, en este caso, NAVEC excluyó expresamente al que fuera su Director General D. Ramón".

Añade la CNMC que:

" El Sr Ramón tuvo conocimiento de los hechos investigados por la CNMC, al menos, desde la inspección realizada en la sede de NAVEC en Cartagena el 4 de julio de 2.017, como se constata en el acta de dicha inspección (folios 1.273a 1.283).

En ese momento se podría haber acogido al programa de clemencia sin requerimiento alguno del Sr Ramón a esos efectos. También, una vez incoado contra dicho directivo el expediente sancionador, tras haber constatado que no se le había incluido en la solicitud de exención presentada por su empresa, podría haber planteado una solicitud de clemencia. En todo caso, es necesario subrayar que es un elemento esencial para cualquier solicitud de clemencia el reconocimiento por parte de la empresa o directivo de su participación en un cártel, por lo que se pone también de manifiesto que no ha colaborado con la CNMC, ni facilitado elementos de prueba acerca de la existencia del cártel objeto de investigación.

« es un elemento esencial al presentar una solicitud de clemencia el reconocimiento por parte de la empresa o directivo que la presente de su participación en un cártel, reconocimiento éste que, a la vista de las alegaciones presentadas por el Sr. Ramón , no se da en su caso».

El art. 65 de la Ley 15/2007, a propósito de la exención del pago de la multa dice que:

"La Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o

b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).

2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.



3. *La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia."*

Previamente, cabe referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2020, rec. en la que recuerda que ya ha establecido una doctrina jurisprudencial sobre el 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).

Explica que puede entenderse como definición de órgano directivo a cualquiera de los que integran la persona jurídica "que pudiera adoptar decisiones que marquen, condiciones o dirijan, en definitiva, su actuación", teniendo en cuenta que la norma legal ha otorgado a este elemento del tipo infractor un indudable componente fáctico.

Advierte el Tribunal Supremo que, "por encontrarnos en el ámbito de la aplicación del Derecho administrativo sancionador, 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 indicado, corresponde a la Administración que pretende imputar la infracción".

Destaca esa sentencia que la simple denominación del cargo, al margen de cualquier prueba sobre las funciones, autonomía de ejercicio o responsabilidad asumida en la Federación, no es suficiente para la consideración en este caso de "órgano directivo".

Por lo tanto, es necesario acreditar la condición de directivo y en segundo lugar, analizar en función de las atribuciones que en virtud de su cargo ostenta su participación en las conductas sancionadas.

En el presente caso, el recurrente fue director general de NAVEC durante el periodo que se le imputa y además no se discute su condición de directivo.

A partir de aquí, es necesario interpretar el art. 65.3 de la Ley 15/2007, a efectos de si es posible denegar al directivo la extensión de la exoneración de la sanción impuesta concedida a la empresa.

De su último apartado resulta que la exoneración del directivo de la compañía que se acoge al programa de clemencia se produce con carácter ipso iure, en el sentido que tiene lugar necesariamente y como consecuencia indisociable de la concesión de la exoneración a la compañía en la que prestaba sus servicios.

En primer lugar, hemos visto como el precepto no impone como requisito previo para la exoneración del directivo que la compañía que ha resultado exonerada por el programa de clemencia haya solicitado la exoneración también del directivo en cuestión.

En segundo lugar, la expresión "beneficiará" significa que la solicitud de exención de la empresa incluye a los directivos siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia, no con la empresa a la que pertenece, en este caso NAVEC.

Por esa razón, entendemos que no son aceptables los argumentos que esgrime la CNMC para denegar la exención del recurrente.

La resolución recurrida afirma que "NAVEC solicitó inicialmente la exención en su propio nombre y en el de sus representantes legales. El 12 de febrero de 2018 indicó expresamente que solicitaba la exención en beneficio de todos los directivos que en aquel momento integraban el órgano de dirección de NAVEC y aclaró que D. Ramón ya no era directivo desde febrero de 2017 (folios 18.708, 18.709 y 18.715). Por tanto, en este caso, NAVEC excluyó expresamente al que fuera su Director General, D. Ramón."

Es decir, fue NAVEC la que solicitó la exención para sí y para aquellos directivos que lo fueran en la fecha de la solicitud lo que dejaba fuera al sr. Ramón que ya no lo era desde febrero de 2017.

Por esa razón, el argumento de la CNMC es contradictorio pues afirma que "nadie mejor que la empresa puede valorar los representantes o directivos que han participado en los hechos objeto de investigación y que colaboran con la empresa para aportar a la autoridad de competencia la información y elementos de prueba que imperativamente debe contener la solicitud de clemencia" pero la razón de la no inclusión en la solicitud de exención no es que no hubiera colaborado con la empresa sino que no era directivo de NAVEC, no en la fecha de los hechos imputados, que sí lo era sino cuando la empresa formuló la solicitud de exención y tampoco afirma NAVEC que el sr. Ramón no hubiera colaborado con la empresa. Tampoco impone el artículo 65.3 de la LDC al directivo a quien se extiende la exoneración que reconozca su participación en el cártel, ni ninguno de los hechos que se le imputan.



Ello podrá exigirse en el caso de que el directivo solicite la clemencia para sí en los términos del art. 65.2 pero no cuando la solicitud de clemencia la formula la empresa en cuyo caso, es esta la que ha de cumplir los requisitos y que, de ser concedida por la CNMC, beneficiará a sus directivos.

Por lo demás, la resolución sostiene que el sr. Ramón no ha colaborado con la CNMC, ni facilitado elementos de prueba acerca de la existencia del cártel objeto de investigación.

Ahora bien, con independencia de que facilitase a los inspectores de la CNMC el acceso en remoto a su cuenta Outlook y el volcado de todos sus correos electrónicos corporativos- cuando fue expresamente requerido al efecto el 4 de julio de 2017 por la CNMC, no pudo aportar otros elementos de prueba pues D. Ramón ya no era directivo desde febrero de 2017, (folios 18.708, 18.709 y 18.715), es más, fue despedido de NAVEC en fecha 14 de septiembre de 2017.

Por lo tanto, en esa fecha el sr. Ramón ni siquiera conocía que NAVEC había solicitado la aplicación del programa de clemencia ante la CNMC y además no tenía acceso a información relevante de NAVEC que pudiera aportar. Por lo tanto, no puede afirmarse que no hubiera colaborado con la CNMC que es el único motivo por el que no podría extenderse la exención de la exoneración de la sanción a NAVEC, de la que fue Director General en el periodo de infracción.

Resultaría arbitrario y contrario al principio de igualdad, conceder la exoneración de la sanción a la empresa solicitante de clemencia y no extenderla al directivo salvo que éste no hubiera colaborado con la CNMC, lo que no es el caso.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta, reconociendo su derecho a obtener la exención de la sanción impuesta, al reintegro de su importe, así como del recargo ejecutivo del 5% sobre dicha cantidad.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D Ludovico Moreno Martín, en nombre y representación de **D. Ramón**, contra la resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 42.400 euros de multa, por la participación, como directivo de NAVEC en una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutiva de un cartel en el sector de montaje y mantenimiento industrial, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta, reconociendo su derecho a obtener la exención de la sanción impuesta, al reintegro de su importe así como del recargo ejecutivo del 5% sobre dicha cantidad.

Con 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.