



Roj: **SAN 357/2022 - ECLI:ES:AN:2022:357**

Id Cendoj: **28079230062022100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **433/2016**

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: 0000433 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05165/2016

Demandante: D. Anibal

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: 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. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 433/16 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **D. Anibal** contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 6.650 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la Entidad Pública Empresarial ADIF, representada por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que 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 se dictase sentencia por la que *"1) Declare nula de pleno Derecho o, subsidiariamente, anule la Resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, por la que se declara la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y, en particular, se declara responsable subsidiario a D. Anibal por su participación en una de las conductas de dicha infracción única y continuada y se le sanciona con una multa de 6.650 euros.*

2) Subsidiariamente respecto de lo anterior, anule parcialmente la Resolución citada y reduzca la mencionada multa conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente

escrito.

3) Adicionalmente, para el caso de que se estime el recurso en su integridad o parcialmente, se publique por la CNMC la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la sentencia en su sitio web, que deberá figurar en la página en la que se encuentra publicada la documentación relativa al expediente administrativo, en la sección de novedades de la página web de inicio (donde deberá permanecer al menos tres días) y en la página web en la que se encuentra el archivo de novedades a partir de ese momento.

4) Condene a la CNMC a resarcir a mi mandante los gastos soportados como consecuencia de la constitución y mantenimiento del aval exigido por la Sala para otorgar la suspensión cautelar del pago de la multa impuesta por la Resolución de 30 de junio de 2016, gastos que se cuantificarán en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases de cálculo establecidas en el cuerpo del presente escrito.

5) Condene en costas a la CNMC, de acuerdo con el artículo 139.1 de la LRJCA, para el caso de que este recurso sea estimado".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos 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 27 de octubre de 2021, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a posteriores 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 30 de junio 2016 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 *INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas:

(...)

8.- Don Anibal, por su participación en las conductas como representante de JEZ SISTEMAS, desde enero de 2008.

(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)

8.- Don Anibal : 6.650 euros

(...)".

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

- 1) Tras las actuaciones que refleja el expediente administrativo, propiciadas por el escrito presentado ante la CNMC por ADIF con fecha 29 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia acordó el 29 de julio siguiente el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el marco de dicha información realizó, con fechas 7 y 8 de octubre de 2014, inspecciones en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA.
- 2) Solicitada a ADIF, y aportada por esta, información sobre los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por dicha entidad desde el año 2005, con fecha 2 de diciembre de 2014, y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra las empresas AMURRIO, DF RAIL, FELGUERA, DURO FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.
- 3) Incorporada al expediente información diversa que fue requerida a las incoadas, el 7 de septiembre de 2015 se dictó Pliego de Concreción de Hechos que se notificó a las partes a fin de que presentaran las alegaciones correspondientes. Y cerrada la fase de instrucción por acuerdo de 23 de noviembre de 2015, el 1 de diciembre siguiente el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue asimismo notificada a las partes, formulando alegaciones DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y DURO FELGUERA, S.A.; D. Hipolito ; D. Ignacio y Don Indalecio ; AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.; D. Íñigo y Don Jeronimo ; JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.; TALLERES ALEGRIA, S.A.; D. Julián y D. Justino ; D. Anibal ; y D. Serafina .
- 4) El 18 de enero de 2016 se elevó la Propuesta al Consejo, acordándose la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; y el 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas incoadas información sobre el volumen de negocios total de cada una de ellas en 2015.
- 5) Aportada la referida información, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión de 30 de junio de 2016 la resolución contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.

SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes y, en concreto, al referirse a la empresa sancionada JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L. (JEZ), menciona que el aquí recurrente, Don Anibal , es Director Técnico y representante legal de la misma.

Además, dedica su fundamento de derecho sexto a la justificación de la sanción a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de las empresas, y parte para ello de la previsión del artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, describiendo a continuación el papel desempeñado por las personas físicas identificadas por la Dirección de Competencia en las conductas infractoras llevadas a cabo por las empresas.

Pues bien, de acuerdo con el citado artículo 63.2, "Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto".

Como advierte la resolución misma al interpretar el alcance de dicho precepto, "El artículo 63.2 de la LDC no exige una especial participación de las personas físicas en las conductas infractoras, toda vez que nos encontramos ante una sanción económica vinculada a la que corresponde a las empresas a las que representan y sobre las que ya se ha determinado previamente el grado de responsabilidad en las conductas infractoras".

Es evidente entonces que la responsabilidad de las personas físicas se condiciona a la comisión de la infracción por parte de la persona jurídica de la que son representantes legales o directivos, de tal suerte que si no existe dicha infracción no cabe exigir responsabilidad alguna a la persona física.

Y esto es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos pues, con fecha 27 de diciembre de 2021, esta Sección ha dictado sentencia en el recurso núm. 432/2016, interpuesto por JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L. contra la resolución de 30 de junio de 2016, S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta a la actora; condenando a la Administración al pago de los gastos ocasionados por la suspensión de la sanción; y a las costas causadas".



Consecuencia obligada de ello es que procede también ahora, sin necesidad de otras consideraciones, la estimación del recurso interpuesto y la consiguiente anulación de la sanción impuesta al recurrente.

Dicha estimación ha de extenderse a la pretensión de que se publique por la CNMC la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la misma en su página web.

Y ello conforme al criterio mantenido también por esta Sección en sentencia de 25 de mayo de 2018, recurso de Derechos Fundamentales núm. 8/2016, en la que hemos dicho lo siguiente:

"En atención a lo expuesto cabe decir que la estimación del recurso por infracción del artículo 25 de la CE, no sexime de analizar los restantes motivos de impugnación de la resolución objeto de enjuiciamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que la debida reparación a la recurrente por causa de la publicación de la resolución impugnada que ahora se anula, queda satisfecha con la retirada de la página web de la CNMC de la resolución ahora anulada y de la subsiguiente nota de prensa emitida.

Además se impone a las CNMC su sustitución mediante la publicación en la misma página web de la presente sentencia y de una nota de prensa que le otorgue el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa subsiguiente, desestimando las demás peticiones reparadoras e indemnizatorias.

Las primeras, por exceder del objeto del presente proceso sin perjuicio del derecho de la recurrente a instar las rectificaciones que estime oportunas y las segundas por no haberse aportado parámetros de cuantificación".

En los mismos términos nos hemos pronunciado en la sentencia de 29 de mayo de 2018, recurso de Derechos Fundamentales 6/2016, que fue confirmada en este concreto extremo por la del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019, recurso núm. 1288/19.

TERCERO.- Reclama además el recurrente que se " Condene a la CNMC a resarcir a mi mandante los gastos soportados como consecuencia de la constitución y mantenimiento del aval exigido por la Sala para otorgar la suspensión cautelar del pago de la multa impuesta por la Resolución de 30 de junio de 2016, gastos que se cuantificarán en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases de cálculo establecidas en el cuerpo del presente escrito".

Pretensión que ha de acogerse también conforme al criterio que ha mantenido esta Sala en pronunciamientos anteriores, y así en sentencia de la Sección Cuarta de fecha 23 de diciembre de 2020, recurso núm. 90/2017, que se apoya en las sentencias del Tribunal Supremo que cita.

Razona dicha sentencia lo siguiente:

"La apreciación de la prescripción del derecho de la Administración al reintegro lleva necesariamente, junto a la anulación de la resolución recurrida, a la estimación de la pretensión en su vertiente de plena jurisdicción, consistente en el reconocimiento a la mercantil recurrente de su derecho a la devolución del aval que había prestado para garantizar el reintegro de la subvención, así como al abono de los gastos de mantenimiento financiero desde que tuvo lugar la primera solicitud de devolución y hasta que sea efectivamente cancelado.

En este sentido, en nuestra sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017 dictada en el recurso nº 340/2016, en el que precisamente se postulaba el abono de los gastos derivados de la constitución del aval, bien que con la finalidad de garantizar la medida de la suspensión respecto a un acto sancionador -pero cuyos argumentos sirven ahora por evidentes razones de analogía-, señalábamos que tales gastos habrán de ser resarcidos cuando se logra con éxito la anulación del acto impugnado, recogiendo entonces la sentencia de la Sección 2ª de la Sala homónima del Tribunal Supremo de fecha 9 abril 2015, en la que se lee:

"Por lo demás, está consolidada una amplia doctrina jurisprudencial (SSTS de 2-07-1998 (RJ 1998, 6059); 18-12-1998 (RJ 1999, 262); 13-03-1999 (RJ 1999, 3151), entre otras) según la cual cuando el acto administrativo resulta anulado, los gastos bancarios del aval prestado para obtener la suspensión cautelar de su ejecutividad representan un daño que el administrado no debe soportar, pues se ve obligado a ello para mantener indemne su patrimonio frente al acto ilegal. El nexo causal indemnizatorio está aquí representado por la relación entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (práctica de una liquidación tributaria incorrecta) y el daño causado al ciudadano (sea el interés legal de la cantidad ingresada, el rendimiento de los valores públicos depositados o el coste del aval o fianza bancaria). [...]. Por lo que procede acceder a la pretensión de restablecimiento planteada por la parte recurrente, consistente en ser resarcida en los gastos de aval u otra garantía ofrecida para obtener la suspensión cautelar de la ejecutividad de la liquidación que ahora se anula."

También poníamos de manifiesto que en relación a los gastos derivados de la constitución de garantía para lograr la suspensión de la ejecutividad de una multa, el auto del mismo Alto Tribunal de 4 de octubre de 2012, con ocasión en ese caso del incidente previsto en el citado artículo 133 de la Ley Jurisdiccional, señalaba lo siguiente:

"Los principios que alumbran el régimen jurídico de medidas cautelares de nuestra LJCA, singularmente las previsiones contenidas en el artículo 133, determinan que cuando se ha acordado la suspensión judicial del acto impugnado, en este caso una sanción administrativa y la correspondiente indemnización de perjuicios, prestando aval como caución o garantía, ex artículo 133.2 de la LJCA por el importe de dicha sanción e indemnización, la nulidad del expresado acto administrativo determina la devolución de los gastos ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval.

Dicho de otro modo, el administrado no está obligado al pago de sanciones que no son conformes a Derecho, por lo que no ha de soportar tampoco los efectos del ejercicio de dicha potestad sancionadora cuando dicta un acto administrativo ilegal. En definitiva, debe abonarse el perjuicio económico ocasionado por los gastos que se derivan de la prestación de una garantía en forma de aval para alcanzar la suspensión de la ejecutividad, cuando se ha declarado, insistimos, mediante sentencia firme, la ilegalidad de la sanción recurrida.

En fin, ningún reparo puede oponerse, más allá del acierto o no en la cita por la recurrente del precepto de cobertura, que la decisión se adopte en este momento procesal, igual que podría haberse realizado en la propia sentencia, sin tener que acudir, desde luego, a otro proceso como aduce el Abogado del Estado."

Por otro lado, y aun cuando conforme a lo dispuesto en el art. 142.4 de la Ley 30/1.992 la mera anulación de un acto impugnado no presupone el derecho a la indemnización, también traíamos a colación la sentencia de dicho Tribunal de 9 de abril de 1997, que recogiendo la doctrina de otras tantas anteriores dice: "...la presentación de avales o garantías produce gastos resarcibles, por estar en relación causal con el acto suspendido, y, si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial, sufrida por el particular, como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que, si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación deviene ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada".

CUARTO.- Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLAMOS

- 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de D. Anibal contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 6.650 euros.
- 2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta al recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.
- 3.- Requerir a la CNMC a fin de que proceda a publicar, a su costa, la presente sentencia y una nota de prensa que le otorgue el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa consiguiente.
- 4.- Reconocer el derecho del recurrente a ser resarcido de los gastos soportados como consecuencia de la constitución y mantenimiento del aval exigido para acordar la suspensión cautelar del pago de la multa impuesta por la resolución de 30 de junio de 2016 que ahora se anula.

Con expresa imposición de las 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.