

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067641

**AUDIENCIA NACIONAL***Sentencia de 19 de septiembre de 2024 Sección 4.<sup>a</sup>**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 951/2019***SUMARIO:****Procedimiento sancionador. Multas y sanciones. Conductas anticompetitivas. Cartel. Inspecciones. Hallazgo casual. Principio de motivación y de proporcionalidad. Falta de motivación suficiente de la sanción.**

Sanción por la participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional,

Sobre la doctrina sobre el hallazgo casual en el ámbito sancionador administrativo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto y lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro y el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación. No obstante, la orden de investigación debe indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar, el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y, las sanciones previstas para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones y recursos que procedan y características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones, lo que no significa trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones.

El concepto de personas que integran los órganos directivos se entenderá como tal a cualquiera de los que integran la persona jurídica que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación, a efectos del elemento subjetivo para aumentar la sanción conforme al artículo 63.2 de la LDC. No se indican los criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables y esa falta de motivación conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en cuanto que se desconocen cuáles han sido los criterios que han determinado los importes de las sanciones de multa impugnadas ya que no consta ninguna referencia individualizada respecto del recurrente, especialmente en cuanto a la influencia que en su cuantificación haya podido tener su categoría profesional ni tampoco la gravedad de su participación.

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 9, 18, 24, 25, 81 y 82.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, art. 8.

Ley 3/2013 (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.), art. 27.

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), arts. 1, 49, 63.2 y 68.

**PONENTE:***Doña Berta Maria Santillan Pedrosa.*

Magistrados:

Don BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA  
Don FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS  
Don MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS  
Don MARIA JESUS VEGAS TORRES  
Don RAMON CASTILLO BADAL

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso:

0000951/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

07000/2019

Demandante:

D. Eusebio

Procurador:

D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado:

ADIF ALTA VELOCIDAD Y ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**S E N T E N C I A N<sup>o</sup>:**

Ilma. Sra. Presidente:

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 951/2019, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez que actúa en nombre y en representación de D. Eusebio, contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Como partes codemandadas han comparecido la entidad AD IF ALTA VELOCIDAD representada por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, así como la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. representada por el Procurador D. Germán Marina Grimau.

### **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 esta Sala que dicte "sentencia declarando la nulidad de la Resolución y la ausencia de responsabilidad del Sr. Eusebio atendiendo a las siguientes consideraciones:

I.- Por constituir las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y ELECNOR, e el mes de julio de 2016, inspecciones de carácter exploratorio o "fishing expeditions", infringiéndose los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ) y a la inviolabilidad del domicilio ( artículos 18 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ), así como los derechos de defensa y de presunción de inocencia del

Sr. Eusebio ( artículo 24 CE ) y los artículos 27 Ley 3/2013 y 49 LDC (relativos, respectivamente, a las facultades de inspección de la CNMC y a la iniciación de los procedimientos sancionadores tramitados por ésta). En consecuencia, todas las actuaciones, pruebas o declaraciones posteriores a estas inspecciones que no tengan relación con el Proyecto Folio Line, en particular, la segunda ronda de inspecciones llevadas a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, así como las declaraciones posteriores de ALSTOM y SIEMENS en el contexto de sus solicitudes de clemencia, son también nulas de pleno Derecho en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado;

II.- Por haberse imputado al Sr. Eusebio su participación en el supuesto Cártel del Ferrocarril Convencional cuando los hechos que se le atribuyen, relativos a líneas de tren convencional, en ningún caso podrían considerarse parte de dicho supuesto cártel;

III.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas al Sr. Eusebio relativas a líneas alta velocidad como una infracción única y continuada - el supuesto Cartel del AVE - infringiéndose el principio de legalidad consagrado por el artículo 25 CE ;

IV.- Por imponerse sanciones al Sr. Eusebio por hechos que habrían tenido lugar entre abril de 2010 y el 29 de diciembre de 2013, pese a encontrarse prescritos, infringiéndose el artículo 68 de la LDC , así como los principios de legalidad y tutela judicial efectiva establecidos por los artículos 24 y 25 de la CE ;

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

Subsidiariamente, que se declaren improcedentes las multas impuestas por la Resolución al Sr. Eusebio atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto.

En segundo grado de subsidiariedad, que se fijen las referidas multas en un importe máximo de 1.000 euros cada una, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto".

## **Segundo.**

El Abogado del Estado, así como las defensas de las entidades codemandadas presentaron sus respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

## **Tercero.**

Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 11 de septiembre de 2024.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

En el presente recurso contencioso-administrativo D. Eusebio impugna la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS, que le impuso dos sanciones de multa por importe total de 59.800 euros.

Concretamente, se sanciona a D. Eusebio en su condición de Director General de Producción de la mercantil ELECTREN, S.A. imponiéndole la sanción de multa por importe de 14.500 euros "por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde diciembre de 2015 hasta noviembre de 2016. Su participación en la infracción de la empresa a la que representa queda acreditada en los hechos del año 2015 (hechos 51 y 52) y en los hechos del 2016 (hechos 53 y 54)".

Y, además, se sanciona a D. Eusebio en su condición de Director General de Producción de la mercantil ELECTREN, S.A. imponiéndole la sanción de multa por importe de 45.300 euros "por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2010 hasta marzo de 2016. Aparece en los hechos de 2011 (hecho 111 y folios 1871 a 1873 y 17181 a 17183), de 2013 (hechos 122 y 123), de 2014 (hechos 160 y 165 y folios 20960 a 20963, 17215 y 20972, 20984, 20999 a 21003, 17249, 21040 a 21043), de 2015 (hechos 173, 187, 191 y folios 21523 y 21524)".

La CNMC ha sancionado a D. Eusebio apoyándose en lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC que indica que: "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 los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión".

En la resolución impugnada se justifica la responsabilidad de los directivos de las empresas sancionadas indicando que: "Todos ellos tienen o han tenido la condición de directivos de las empresas participes en las conductas infractoras, con conocimiento de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas, y han tenido una participación activa en el diseño, ejecución y/o seguimiento de los acuerdos anticompetitivos a los que han llegado las empresas en las que prestan o han prestado sus servicios". Y continúa diciendo que los directivos "han tenido un papel preponderante y no meramente testimonial en los cárteles en los que han participado y han desempeñado un papel proactivo e impulsor de los acuerdos".

### **Segundo.**

En el escrito de demanda presentado por el recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, que se declare la vulneración del principio de motivación y de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa y que, en consecuencia, se anulen las sanciones de multa o que se reduzcan los importes de las multas impuestas. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

En primer lugar, invoca defectos formales determinantes de la nulidad de la resolución sancionadora como es la nulidad de la orden de inspección efectuada en las empresas ALSTOM y ELEC NOR y ello porque, a su juicio, esas órdenes de inspección fueron meramente exploratorias dirigidas a la búsqueda de pruebas sin que la Dirección de Competencia tuviera algún indicio ya que la denuncia presentada por la mercantil ALSTOM solo afectaba a un proyecto privado entre ALSTOM, INDRA y ELEC NOR en relación con el proyecto Follo-Line mientras que, las ordenes de inspección abarcaban todo el mercado nacional del sistema de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios tanto respecto de licitaciones públicas como privadas.

Niega que como Director General de Producción de la mercantil ELECTREN, S.A. haya intervenido en la adopción de acuerdos para el reparto de los contratos para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad. E indica que, en todo caso, estarían prescritos los hechos anteriores al 29 de abril de 2013.

Asimismo, niega que sea anticompetitiva su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional puesto que únicamente hubo una colaboración puntual entre las empresas ELECTREN, ELEC NOR y SEMI.

Finaliza su defensa alegando la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa, así como la vulneración del principio de proporcionalidad que determina la nulidad de la sanción de multa impuesta o, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa.

Por el contrario, el Abogado del Estado, así como las defensas de las entidades codemandadas, en sus escritos de contestación a la demanda, interesan la desestimación del recurso interpuesto porque consideran que el recurrente si ha participado en la realización de las conductas anticompetitivas imputadas a la mercantil ELECTREN, S.A.

### **Tercero.**

En este caso, la CN MC ha sancionado a D. Eusebio por su implicación e intervención como Director General de Producción de ELECTREN, S.A. en los acuerdos de reparto declarados anticompetitivos por la CNMC en los que había participado la mercantil ELECTREN, S.A. que también ha sido sancionada. En estos casos, solo es posible sancionar a un representante legal o a un directivo si se considera que la empresa para la que trabaja ha infringido la normativa de defensa de la competencia, ya que la responsabilidad de la persona física siempre es accesoria a la de la empresa infractora (se ntencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019, recurso de casación nº 5280/2018). Y por este motivo debemos tener en cuenta la sentencia dictada por esta misma Sala en fecha 24 de abril de 2024 en el PO nº 913/2019 en cuanto que, en lo que afecta a la imputación concreta efectuada al ahora recurrente, se ha confirmado el criterio de la CNMC recogido en la resolución sancionadora respecto del comportamiento anticompetitivo imputado a la empresa ELECTREN, S.A. de la que el ahora recurrente era directivo.

### **Cuarto.**

Analizando ya las cuestiones formales planteadas por el recurrente acudimos a los razonamientos jurídicos recogidos en la sentencia dictada en fecha 24 de abril de 2024 (PO nº 913/2019) para rechazar todas las alegaciones formales invocadas por el recurrente en cuanto que coinciden en su totalidad con las que había planteado la empresa

ELECTREN, S.A. de la que era directivo. Y en dicha sentencia rechazábamos la alegación de nulidad de las inspecciones practicadas en las sedes de las empresas ELECNOR y ALSTOM diciendo:

"CUARTO. En cuanto a los concretos motivos de impugnación que sustentan la extensísima demanda, se refiere ELECTRÉN en primer término a la "Nulidad del procedimiento sancionador incoado contra cobra debido al carácter excesivamente amplio de las inspecciones en ALSTOM y ELECNOR", inspecciones que califica de exploratorias, denunciando que no puede admitirse que la incautación del material recabado en dichas inspecciones pudiera ampararse bajo la doctrina del hallazgo casual.

Y de ello deduce también que "... todas las actuaciones administrativas realizadas por la CNMC posteriores a las inspecciones exploratorias realizadas en ALSTOM y ELECNOR, que no tienen relación con el proyecto Follo Line, incluyendo las inspecciones realizadas en COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, debieran declararse nulas, lo que debería determinar, por lo tanto, la nulidad de la Resolución impugnada" .

Afirma al respecto que "... ha podido comprobar que la documentación incautada en las inspecciones no relacionada con el proyecto Follo Line (único indicio que la CNMC tenía, en su caso, hasta el momento) no es producto de un hallazgo casual. Por el contrario, el equipo inspector hizo uso de una lista de palabras de búsqueda o relación de "palabras significativas" en las primeras inspecciones realizadas entre las que se encontraban los nombres de otras empresas que nada tenían que ver con el citado proyecto Follo Line (entre ellas, ELECTRÉN)...".

Para analizar esta cuestión debemos partir de la doctrina sobre el hallazgo casual elaborada por el Tribunal Supremo y de la que es reflejo la sentencia de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018 , en las cual se hacen las consideraciones siguientes:

"La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 ). Interesa reproducir aquí las consideraciones que expusimos en el F.J. 4º de la citada sentencia de 6 de abril de 2016 , cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente: (...)

CUARTO.- Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.

Hemos de avanzar que, en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto. (...)

En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes, al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación. (...) Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que

constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro - desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas. (...) Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

Esta doctrina que expusimos en sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 , F.J. 4º) debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

(...)

#### **Quinto.**

La jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 ).

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "[ ...] que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".

Pues bien, en este caso es incontrovertido que la entrada y registro de las sedes de ALSTOM y de ELEC NOR contaba con la preceptiva autorización judicial, que fue precedida del dictado de la correspondiente orden de investigación.

No obstante, afirma ELECTRÉN que el objeto de la inspección resultaba excesivamente amplio y que la orden de investigación carecía del imprescindible grado de concreción teniendo en cuenta que los indicios de que disponía la CNMC no eran suficientes para realizar inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR que abarcaran la totalidad de los mercados de "fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios" incluyendo "licitaciones convocadas por clientes públicos y privados", ni tampoco alcanzaban a otras empresas que las involucradas en el proyecto Follo Line.

Sin embargo, debe recordarse que las órdenes de 30 de junio de 2016 y los Autos de 5 y 6 de julio de 2016 indicaban que su objeto era "... verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

En el análisis que compete a esta Sala para determinar si la orden de investigación resultaba o no suficiente ha de comprobarse si, como advertíamos en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014 , la CNMC ha cumplido su obligación de indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, la orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así al mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.

Precisa también las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que indica de manera concreta, consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, "Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas".

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que "... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción".

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada "depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia" (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T- 23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09 , en el apartado 40: "El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE , tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: "si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".

En consecuencia, y con arreglo a esta doctrina, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la orden de investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que, precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen, o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, apartado 24).

Ratificada la legalidad y proporcionalidad de la entrada, amparada por una orden de investigación suficiente, la aplicación del criterio del Tribunal Supremo reflejado en la sentencia antes de transcrita de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018 acerca del valor del hallazgo casual ha de conducir a la desestimación de este motivo, enfatizando de dicha sentencia lo siguiente:

"... la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

**Quinto.**

Asimismo, acudimos a la sentencia antes referida dictada por esta sección en el PO nº 913/209 para rechazar la alegación efectuada por el recurrente de vulneración del derecho de presunción de inocencia ya que, según expone, no tienen valor probatorio las declaraciones de clemencia. Y en dicha sentencia de 24 de abril de 2024 decíamos:

"Al hilo de los razonamientos de la demanda que cuestionan la eficacia probatoria de los documentos aportados por el solicitante de clemencia, ha de recordarse que, como declara el Tribunal General de la UE en sentencia de 5 de junio de 2012, Asunto T-214/16 :

"60 En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 59)".

61.Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 293).

62. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 59 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartados 62 y 295).

(...)

69. A este respecto, ha de recordarse que, como resulta de la jurisprudencia citada en los apartados 58 a 60 supra, las declaraciones realizadas en el marco de la política de clemencia desempeñan un papel importante. Estas declaraciones efectuadas en nombre de empresas revisten un valor probatorio nada desdeñable, por cuanto implican riesgos jurídicos y económicos considerables (véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T-385/06 , Rec. p. II-1223, apartado 47). No obstante, de la jurisprudencia citada en los apartados 59 y 61 supra se deduce también que las declaraciones realizadas por empresas acusadas en el marco de las solicitudes formuladas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación deben apreciarse con prudencia y, cuando se ponen en entredicho, en general, no pueden considerarse suficientemente probatorias sin ser corroboradas".

Pues bien, los hechos que resultan de las manifestaciones y de los documentos aportados por los solicitantes de la exención y de la reducción de multa, ALSTOM y SIMEMENS, respectivamente, que toma en consideración la resolución impugnada, son del todo coherentes con las numerosas pruebas adicionales acopiadas en el expediente y a las que nos hemos referido antes, lo que obliga a concluir que la comisión de las infracciones por parte de ELECTRÉN ha sido suficientemente acreditada".

**Sexto.**

En cuanto al fondo, tal como se recoge en la resolución impugnada, la responsabilidad exigida a D. Eusebio ha sido por su condición de Director General de Producción de ELECTREN, y concretamente "por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde diciembre de 2015 hasta noviembre de 2016", así como por "por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2010 hasta marzo de 2016".

La CNMC ha justificado la imposición de las sanciones a D. Eusebio apoyándose en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que establece: "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".

La Ley de Defensa de la Competencia no contiene una definición de qué debe entenderse por órgano directivo, a los efectos de la aplicación del precepto que examinamos, pero esa falta de definición no constituye un obstáculo desde la perspectiva del artículo 25 CE, pues se trata de un concepto de concreción razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que cumple, por ello, las exigencias de legalidad en materia sancionadora de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 151/1997, FD 3º y 218/2005 FD 3º).

Y acudimos a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 1 de octubre de 2019 (recurso de casación nº 5280/2018) en la que se ha señalado que conforme a la literalidad del artículo 63.2 de la LDC este "no sanciona la intervención en los acuerdos o decisiones anticompetitivos, por importante que sea, de cualquier persona física integrada en la organización de la persona jurídica, sino únicamente la intervención de los representantes legales o de las personas integradas en los órganos directivos de aquellas". Y añade que, en el concepto de personas que integran los órganos directivos, se entenderá como tal "a cualquiera de los que integran la persona jurídica que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación".

Además, el Tribunal Supremo indica que: "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". Y continúa diciendo que: "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".

Incluso, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2020 (recurso de casación nº 7458/2018) ha insistido en 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".

## Séptimo.

Por tanto, el examen que hemos de hacer ahora para determinar la legalidad de la decisión de la CNMC de sancionar al Sr. Eusebio debe gravitar sobre 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.

Con carácter previo se ha de insistir en que la responsabilidad de ELECTRÉN en la comisión de la infracción, presupuesto necesario para poder apreciar la de uno de sus directivos, ha sido analizada en la sentencia de esta misma Sala dictada en el recurso núm. 913/19 que estima de manera parcial el recurso al declarar prescrita una parte del período infractor del cártel de tren convencional que no afecta al período temporal de imputación del recurrente en ese cártel. Dicho esto, y sin perjuicio de las consecuencias que la estimación parcial haya de tener sobre la eventual responsabilidad del actor, tenemos que pronunciarnos acerca de si el Sr. Eusebio era o no directivo de ELECTRÉN en el sentido apuntado en el fundamento anterior, es decir, si concurre el descrito elemento subjetivo.

Creemos que esa condición no puede en este caso negarse pues, al margen de que no la cuestiona el recurrente, el puesto ocupado (Director General de Producción) conlleva implícitas las facultades de dirección,

organización y planificación que definen un cargo directivo y, por tanto, tenía capacidad para marcar, condicionar o dirigir la actuación de la empresa en la adopción de los acuerdos anticompetitivos que se han sancionado.

En cuanto a la prueba de la intervención del actor en los hechos sancionados, segundo presupuesto necesario para declarar su responsabilidad por aplicación del artículo 63.2 de la LDC, y por lo que se refiere al cártel de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, aunque la sentencia dictada en el recurso núm. 913/19 declara la prescripción de las conductas de ELECTRÉN anteriores a octubre de 2013, lo cierto es esa declaración no afecta al Sr. Eusebio porque en ese ámbito se le ha sancionado por su participación en hechos posteriores al mes de octubre de 2013. Y en relación con los posteriores a esa fecha, la sentencia dictada en fecha 24 de abril de 2024 considera que existe prueba concluyente acerca de la participación de ELECTRÉN en los acuerdos de reparto de licitaciones y entendemos que es impensable que el Director General de Producción de ELECTRÉN estuviera al margen de todo ello, por lo que compartimos el criterio de la CNMC en cuanto a su responsabilidad por tales hechos.

Por lo que se refiere a su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, la citada sentencia también ha concluido que existe prueba de la participación de ELECTRÉN en ese cártel.

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

#### **Octavo.**

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

Este Tribunal anticipa la estimación del recurso en relación con la alegación efectuada por el recurrente de falta de motivación en la determinación de los criterios que han llevado a la CN MC a cuantificar, en su caso, por una parte, en el importe de la sanción de multa en 14.500 euros por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde diciembre de 2015 hasta noviembre de 2016. Así como en la determinación de los criterios por parte de la CNMC para cuantificar el importe de la sanción de multa en 45.300 euros por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2010 hasta marzo de 2016.

Es cierto que en el apartado 6.4 de la resolución impugnada se recogen los "criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables" en el que se indica: "El deber general de ponderar los principio de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propone la sanción a personas físicas". Añadiendo que: "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".

Sin embargo, esos criterios se han establecido con carácter general para todos los directivos sancionados porque no consta que la CN MC haya efectuado en la resolución sancionadora una individualización de los mismos para conocer, tanto el sancionado como esta Sala, en que medida la aplicación concreta de esos criterios han determinado la cuantificación del importe de la multa impuesta al ahora recurrente y ello a pesar de que la propia CNMC es consciente de que "El deber general de ponderar los principio de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propone la sanción a personas físicas". Sin embargo, esa exigencia que admite no se ha reflejado luego en la determinación de la sanción al directivo ahora recurrente pues, como decimos, no existe al respecto ninguna individualización de los criterios objetivos ni subjetivos mencionados con carácter general ya que la única referencia que consta respecto de D. Eusebio se ha reflejado en dos cuadros en los que se ha indicado su categoría profesional -Director General de Producción de la empresa ELEC NOR-; el tipo sancionador total aplicado a la empresa que, en su caso, fue del 6,3% en el cártel de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad y del 7% en el cártel para el reparto de contratos

de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional; y la duración de su participación en las infracciones que concreta en 72 meses y en 12 meses según se esté ante líneas ferroviarias de alta velocidad o ante líneas ferroviarias de tren convencional. Seguidamente figura en la resolución otros cuadros en los que ya se recogen las multas concretas que se han impuesto pero desconociendo como se ha llegado a ese importe ya que no consta en qué medida ha influido la aplicación concreta de los criterios subjetivos que había especificado en el apartado "criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables" consistentes en la agrupación de los directivos en dos categorías según su mayor capacidad de decisión: bien en grupo 1 o bien en grupo 2. Ni tampoco se ha justificado por la CNMC porque se ha considerado como criterio objetivo en la determinación del importe de la sanción a imponer a las personas físicas la comparación entre el tipo sancionador total que corresponde a su empresa en función de la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción. Ni tampoco se ha especificado como, en su caso, se ha tenido en cuenta y en qué medida ha influido en la determinación del importe de la sanción impuesta al recurrente.

Esta falta de motivación conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en cuanto que se desconocen cuáles han sido los criterios que han determinado los importes de las sanciones de multa impugnadas ya que no consta ninguna referencia individualizada respecto del recurrente, especialmente en cuanto a la influencia que en su cuantificación haya podido tener su categoría profesional ni tampoco la gravedad de su participación. Es cierto que esta Sala ha aplicado en numerosas sentencias la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG, que indica que "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."Doctrina que no es aplicable en este caso porque no estamos diciendo que se desconozca la operación matemática que ha llevado a la cuantificación del importe de la multa -que en el caso de las personas físicas tiene el límite de los 60.000 euros- sino que se desconocen cuáles han sido los criterios concretos e individualizados que se han tenido en cuenta en relación con el directivo ahora recurrente ya que, como venimos diciendo, la CN MC se ha limitado a señalar parámetros generales pero se desconoce que incidencia concreta han tenido cada uno de ellos en la individualización de la sanción de multa que finalmente se ha impuesto al D. Eusebio.

En definitiva, estimamos la alegación de falta de motivación realizada por el recurrente con la consecuencia de que debemos acordar la estimación del recurso interpuesto en este aspecto acordando la nulidad de la resolución impugnada en cuanto a las multas impuestas a D. Eusebio.

#### **Noveno.**

La estimación del recurso implica la condena en costas a las partes demandadas de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

### **FALLAMOS**

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 951/2019, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez que actúa en nombre y en representación de D. Eusebio, contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS. Resolución que ahora anulamos por la falta de motivación en la determinación de las sanciones de multa impuestas al recurrente que dejamos sin efecto.

Se imponen a las partes demandadas las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.