



AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 21/02/2012
Fecha Sentencia: 22/02/2012
Núm. de Recurso: 0000001/2011
Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Núm. Registro General: 01337/2011
Materia Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Demandante: PRODUCTOS COMETICOS, S.L.U (WELLA)
Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: EUGENE PERMA ESPAÑA S.A.U., HENKEL IBERICA,
S.A. Y HENKEL AG. CO KGAA

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. SOLICITUD DE CLEMENCIA. (proc. especial de derechos fundamentales). VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA. ART. 24 CE.



AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000001/2011
Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Núm. Registro General: 01337/2011
Demandante: PRODUCTOS COMETICOS, S.L.U (WELLA)
Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: EUGENE PERMA ESPAÑA S.A.U.,HENKEL IBERICA,
S.A. Y HENKEL AG. CO KGAA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintidos de febrero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso-administrativo, tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1/2011, se tramita a instancia de la entidad **PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U (WELLA)**, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la Resolución dictada por el Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 2 de marzo de 2011, sobre **Derechos Fundamentales**; en el que, por tratarse de procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ha emitido dictamen el Ministerio Fiscal; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandados EUGENE PERMA ESPAÑA S.A.U. representada



por el Procurador D. Manuel Lanchares y HENKEL IBERICA, S.A. y HENKEL AG. CO KGAA, representadas por la Procuradora D^a. María José Bueno Rámirez. La cuantía del mismo ha sido indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 17 de marzo de 2011, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

“A LA SALA SUPLICO: *Que teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias, tenga por formulada demanda contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2011, recaída en el expediente S/0086/08 en cuanto sanciona a mi representada al pago de la multa impuesta y, previos los trámites legales, dicte sentencia en la que se declare la vulneración del derecho fundamental a la defensa de mi mandante y la nulidad de la Resolución recurrida.”*

2. De la demanda se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió su dictamen en fecha 15 de junio de 2011, concluyendo que

“SUPLICO: *interesa la estimación del recurso y consiguiente nulidad de la resolución recurrida en cuanto la misma conculca el derecho constitucional a la defensa del recurrente tal como este interesa.”*

3. Asimismo, se confirió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

“SUPLICA A LA SALA, *que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso.”*

4. Mediante Diligencia de Ordenación de 24 de noviembre de 2011 se dio traslado a la Procuradora D^a. María José Bueno Rámirez, en representación de las codemandadas HENKEL IBERICA, S.A. y HENKEL AG. CO KGAA para que contestara la demanda, en el que dijo: no tener ningún particular para añadir o manifestar.

5. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, se señaló para votación y fallo el día 21 de febrero de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y ha sido **ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con fecha de 2 de marzo de 2011, y recaída en el expediente "S/0086/08, PELUQUERÍA PROFESIONAL", con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- *Declarar a L'ORÉAL ESPAÑA S.A. y su matriz L'ORÉAL, S.A.; PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) y su matriz The Procter & Gamble Company; THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y a su matriz TCGP; EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. y a su matriz EUGENE PERMA GROUP SAS; COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL IBÉRICA, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.*

SEGUNDO.- *Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:*

- *L'ORÉAL ESPAÑA S.A. una multa de 23.201.000€. De este importe hasta un total de 21.854.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz L'ORÉAL, S.A.*

- *PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) una multa 12.032.000€. De este importe hasta un total de 6.196.981€ resulta responsable de forma solidaria su matriz The Procter & Gamble Company;*

- *THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. una multa de 8.739.000€. De este importe hasta un total de 7.770.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz TCGP.*

- *EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. una multa de 2.288.000€. De este importe hasta un total de 1.523.000€, resulta responsable de forma solidaria su matriz EUGENE PERMA GROUP, SAS.*

- *COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO) una multa de 2.555.000€.*
- *COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN) una multa de 1.003.000€.*
- *HENKEL IBÉRICA, S.A. una multa de 9.890.000€, de la que es responsable solidaria su matriz HENKEL AG Co KgaA.*
- *DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. una multa de 299.000€.*
- *Y a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) una multa de 900.000€.*

TERCERO.- *Eximir a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz Henkel AG Co KGaA del pago de la multa que le corresponde por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC. 17*

CUARTO.- *Las anteriores empresas y la Asociación justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo.*

QUINTO.- *Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.”*

2. La referida resolución recurrida aquí por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, tiene como antecedentes relevantes para la presente decisión los siguientes:

– El 16 de junio de 2008 la Dirección de Investigación (en lo sucesivo, DI) de la CNC acordó la incoación del expediente sancionador a las empresas a las que se refiere la resolución impugnada, y entre ellas la hoy recurrente, en relación con determinadas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. El 19 de junio de 2008 la DI inspeccionó a varias de las referidas empresas a las que se había incoado el expediente, y entre ellas a la hoy actora.

– El día 12 de diciembre de 2008 WELLA presentó una solicitud de reducción del importe de la multa (la denominada “*solicitud de clemencia*”), al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 LDC (que establece la posibilidad de reducir el importe de la multa correspondiente a aquellas empresas o personas físicas que faciliten elementos de prueba de las presuntas infracciones que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC), para lo cual, además, es preciso que se cumplen un plan de determinados requisitos (artículos 65.2 LDC que se remite al artículo 66.1 b)).

– El 24 de febrero la DI notificó a la hoy actora el **Pliego de Concreción de Hechos**, en cuyo apartado 55.1.b) puede leerse:

“b) En cuanto a la solicitud de reducción del importe de la multa presentada por PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U (WELLA), ésta ha sido examinada de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC, y una vez valorado e/

contenido de dicha solicitud y los elementos de prueba aportados con la misma, esta DI considera que han aportado valor añadido significativo para demostrar la existencia del cártel, en la medida en que han aumentado la capacidad de la CNC para demostrar la existencia del cártel y la decisión de dar por finalizado éste en la última reunión de! G8 celebrada el 28 de febrero de 2008, así como la participación de las demás entidades en el cártel. Por todo ello, esta DI considera que dicha empresa ha cumplido con los requisitos previstos en el artículo 66.1 de la LDC."

– En esa misma línea, la propia Dirección de Investigación, el día 7 de julio de 2010, notificó a la hoy actora la **Propuesta de Resolución** estableciendo que WELLA tenía derecho a la reducción del importe de la multa que pudiera corresponderle de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.2 LDC por una cuantía de entre **el 30 y el 50 por ciento**, indicando además, que con arreglo al artículo 66.3 LDC, no se tendría en cuenta la participación de WELLA en la infracción **en el período comprendido entre el 16 de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2008:**

En concreto se indicaba:

"...b) Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U. (WELLA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LCD ye! artículo 50.6 del RDC, puesto que una vez valorado el contenido de su solicitud de reducción, esta DI considera que ha aportado un valor añadido significativo para demostrar la existencia del cartel, ampliando el periodo de duración del mismo y aumentando la capacidad de la DI de probar la participación de otras empresas en el cartel. Por tanto, si al termino del procedimiento sancionador PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U. (WELLA), hubiese cumplido los requisitos establecidos en el artículo 66.1 de la LDC, el Consejo de la CNC de acuerdo con la propuesta de la DI, concederá a PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U. (WELLA) la reducción del importe de la multa que de otro modo, le correspondiese.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.3 de la LDC y puesto que los elementos de prueba aportados por PRODUCTOS COSMETICOS S.L.U (WELLA) han permitido ampliar la duración del cartel desde el 16 de mayo de 2007 (cuando se produce el ultimo intercambio de información acreditado entre las empresas del G8) hasta el 28 de febrero de 2008 y dicho hecho tiene una repercusión directa en el importe de la multa, al determinar el importe de la multa a PRODUCTOS COSMETICOS, S.L.U, (WELLA) no se tendrá en cuenta este periodo adicional de su participación en el cartel. En cuanto al nivel de reducción del importe de la multa, atendiendo a que dicha empresa ha sido la primer en cumplir los requisitos previstos en el artículo 66.1 de la LDC, podrá beneficiarse de una reducción del importe de la multa de entre el 30 y el 50%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la LDC."

- Por último, el día 9 de septiembre de 2010 la Dirección de Investigación elevó el expediente administrativo al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que, finalmente, dictó la resolución en cuestión que, en lo que aquí interesa acuerda

imponer a WELLA "una multa de 12.032.000. (doce millones treinta y dos mil Euros)"

3. La parte actora considera, en esencia, que la resolución recurrida infringe los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución por cuanto que le coloca en situación de **indefensión**.

En concreto, afirma la actora que se ha encontrado en una situación de indefensión ante la Resolución recurrida por cuanto no le ha sido posible en ningún momento del procedimiento administrativo presentar alegaciones frente a:

- Por una parte, la retirada del beneficio consistente en la reducción de entre el 30 y el 50 por ciento del importe de la multa por haber facilitado elementos de prueba de la presunta infracción que *"aporten un valor añadido significativo"*; y
- De otra, la extensión del período por el que se considera que WELLA es responsable de la infracción de la LDC (más allá del 16 de mayo de 2007) a que se refiere dicha resolución.

En esencia, considera la parte actora que en ningún momento del procedimiento administrativo salvo en la Resolución recurrida se indica que los elementos de prueba aportados por WELLA en aplicación del artículo 66 LDC no tienen valor añadido significativo; y en este sentido afirma en su demanda que niega que haya existido la vulneración del derecho fundamental pretendida de contrario y solicita la desestimación del recurso *"no ha conocido la acusación de forma plena, por lo que no ha podido defenderse de forma plena frente a ella"*.

Como consecuencia de lo anterior, la recurrente afirma que ha visto como, sin poder presentar alegaciones sobre la modificación de su status en tanto que solicitante de clemencia, finalmente se le ha impuesto una elevadísima multa, como mínimo, 3.609.600 euros (30 por ciento de la de 12.032.000 euros según el cálculo correcto realizado por la actora) mayor de la que le correspondería de acuerdo con la propuesta previa de la Dirección de Investigación de la propia CNC, aun sin contar la reducción que le hubiera correspondido por no considerarla responsable de la comisión de la infracción entre el 16 de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2008, tal y como también establecía la Propuesta de Resolución.

El Abogado del Estado niega que haya existido la vulneración del derecho fundamental pretendida de contrario y solicita la desestimación del recurso.

No considera el Abogado del Estado siquiera que haya existido infracción procedimental alguna puesto que afirma: *"No han existido realmente nuevas imputaciones, ni ha existido una agravación real de la infracción, más al contrario, tanto unos como otra siguen siendo las mismas, tanto en la resolución como en la propuesta de Resolución; no siendo por ello necesario el trámite de audiencia que se defiende contrario"*.

Pero es que, incluso, en este caso, la tipificación no varía, siendo el mismo precepto invocado en la propuesta como vulnerado el que se ha mantenido en la Resolución sancionadora."

4. La cuestión, a resolver es si ha existido una lesión constitucional, ya que nos encontramos ante una actuación que se dice contraria a los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución, que haya producido, en terminología utilizada por el Tribunal Supremo, una indefensión material, tal y como sostiene la parte actora, tal y como sostiene la parte actora y el Ministerio Fiscal en el escrito presentado en el trámite que le fue conferido en este procedimiento especial.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando desde sus inicios que al procedimiento administrativo sancionador le son de aplicación las garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, afirmando que ello supone una garantía procedimental que conlleva que la sanción se imponga en un procedimiento donde se preserve el derecho de defensa sin indefensión, con posibilidades de alegar y probar y partiendo de la presunción de inocencia y de la inversión de la carga de la prueba.

En esa línea el TC considera necesario para que no se produzca indefensión en el sentido de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución que *"el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena (por todas SSTC, 41/1998 y 87/1991 y STS 129/2006)."*

Por su parte el Tribunal Supremo también ha establecido que unas de las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador derivado del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución es la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente, lo que conlleva la imposibilidad de que la resolución sancionadora incluya una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos, así como la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada (STS 4896/2000):

"Pues bien, de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala deben resaltarse los siguientes principios:

a) [...] *En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, 14/1999, de 22 de*

febrero, SSTC 81/2000, de 27 de marzo, y 9/2003, de 20 de enero, por sólo citar alguna de las sentencias recientes).

b) Entre las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador se encuentra, desde luego, la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente; y tal información comprende los hechos atribuidos, la calificación jurídica de los mismos y la sanción que se propone. Ahora bien, la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por cuanto manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, la propuesta de resolución y, en definitiva, la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: la imposibilidad de que se incluya en dicha resolución del procedimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa. Y no hay variación de los hechos entre el pliego de cargos, la propuesta de resolución y la decisión sancionadora cuando, aunque los términos empleados no sean exactamente iguales sí son similares y lo que hay es una diferente valoración técnico jurídica de los mismos (Cfr. SSTC 98/1989 y 145/1993)).

c) Como ha señalado esta Sala, el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. No obstante, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso (Cfr. STS 25 y 26 de mayo, y 22 de abril, y 27 de septiembre de 1.999).

d) Para apreciar la existencia de lesión constitucional, no basta la existencia de un defecto procedimental, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa en un procedimiento con las necesarias garantías (SSTC 15/1995, de 24 de enero y 1/2000, de 17 de enero)."

También en el Derecho de la Unión Europea, para garantizar el derecho fundamental de defensa, se exige igualmente que la acusación formulada contra una persona, sea física o jurídica, contenga una descripción clara de los hechos que se le reprochan y la calificación que se da a tales hechos a fin de presentar las oportunas alegaciones. Así, y en relación a la imposición de una multa a una

empresa en el ámbito precisamente de la Competencia la STPI de 18 de junio de 2008, declaraba:

*“421 Este principio exige, en particular que el pliego de cargos dirigido por la Comisión a una empresa a la que pretende imponer una sanción por infracción de las normas sobre la competencia contenga los elementos esenciales de las imputaciones formulada contra dicha empresa, como los hechos que se le reprochan, la calificación que se da a tales hechos y los elementos de prueba en que se funda la Comisión, a fin de que **la referida empresa pueda hacer valer adecuadamente sus alegaciones** en el procedimiento administrativo dirigido contra ella (véase la sentencia Arbed/Comisión, citada en el apartado 420 supra, apartado 20, y la jurisprudencia que allí se cita).*

422 Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho, y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». A! actuar así; la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad que se les imponga una multa (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 344 supra. apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T 23/99, Rec. p. II 1705, apartado 199, y la jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribuna de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p 1825, apartado 21).”

5. Pues bien en el presente caso resulta que tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución, la Dirección de Investigación notificó a la expedientada que apreciaba la concurrencia de las circunstancias que le daban derecho con arreglo a lo previsto en los artículos 66 y 65.2 LDC, a una reducción de la multa y que, de acuerdo con el artículo 66.3 LDC, podría beneficiarse de una reducción del importe de la multa de entre el 30 por ciento y el 50 por ciento, con arreglo al artículo 66.2.

Además se le reconocía que “los elementos de prueba aportados por la hoy actora han permitido ampliar la duración del cartel desde el 16 de mayo de 2007 (cuando se produce el último intercambio de información acreditado entre las empresas del G-8) hasta el 28 de febrero de 2008. En concreto al afirmar que el importe de la multa a PRODUCTOS COSMÉTICOS SLU “**no se tendrá en cuenta este período adicional de su participación en el cartel**” (el énfasis es nuestro y del Ministerio Fiscal).

Ello no obstante, la resolución sancionadora impugnada no tuvo en cuenta lo anterior, y sí sólo que había acudido con ánimo de prestar una colaboración activa a

la Dirección de Investigación en la acreditación del cártel, lo que se consideró por la CNC una mera atenuante llevándole a reducir en un 5 por ciento la cuantía de la multa.

Con ello podríamos llegar a la conclusión, como recuerda el Ministerio Fiscal, de que derechos constitucionales como aquellos cuya conculcación se denuncia, han sido, efectivamente, vulnerados en este procedimiento.

Igualmente la Sala comparte plenamente la afirmación del Ministerio Fiscal cuando niega tajantemente la existencia de mínima culpa de la recurrente en la indefensión producida pues, en efecto, ésta no tenía que defenderse nada más que de los hechos que se le imputaban y de la calificación jurídica que de la misma hacía la Dirección de Investigación pero no de los hechos o circunstancias reconocidos ya por la propia Dirección de Investigación para reducir la multa, como tampoco tenía que defenderse de que fuera responsable de prácticas colusorias durante un período que expresamente excluía la propia DI, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de “todo”, ni puede decirse que acepte “todo” aquello de lo que no se defiende.

6. No albergamos duda alguna de que en la justicia penal existe la necesidad de respetar el derecho de defensa ante el cambio de la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal (artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que obliga al *“planteamiento de la tesis”*). Pero también el Legislador ha previsto tales garantías en el Derecho administrativo sancionador, con preceptos que guardan una evidente similitud en cuanto a trámite procedimental obligatorio en garantía de principio de contradicción con el precepto citado de la Ley Procesal citada.

Y más, específicamente, en el ámbito del Derecho de la Competencia, también nos encontramos con un precepto dirigido a evitar cualquier vestigio de indefensión. Así cuando la LDC (en su artículo 51.4), con pleno respeto al derecho de defensa, y en previsión de un cambio de calificación por parte del Consejo de la CNC, prevé la sumisión de la nueva calificación a los interesados a fin de que aleguen lo que estimen oportuno, trámite que, no obstante, y pese a la existencia de la expresa norma sectorial el Consejo de la CNC no ha hecho uso de la misma.

En este caso la Resolución del Consejo de la CNC no sigue lo previsto en las antecitadas normas y dicta una resolución que, en realidad, modifica, en perjuicio de la actora, tanto los hechos que contiene la Propuesta, como la calificación jurídica previamente otorgada por la Dirección de Investigación y sin que, además, sin mediar la realización de práctica de prueba distinta y adicional.

La Sala comparte las alegaciones del Ministerio Fiscal cuando en su dictamen que se han modificado los hechos de la propuesta, porque son hechos, aunque no estén en ese apartado de la propuesta y de la resolución, la actuación de colaboración que lleva a cabo WELLA. Son hechos todo lo referente a la existencia o no en el expediente de “acreditación documental suficiente sobre las comunicaciones entre los miembros del cartel en el segundo semestre de 2007 con convocatoria y confirmación de asistencia a la reunión de 4 de noviembre de 2007” y en general la importancia y valoración que se hace de la información aportada por WELLA. Se podría pensar que no, que es una valoración jurídica, pero en realidad,

reúne características de hecho y valoración, pues los términos que se utilizan en los arts. 65 y 66 LDC no dejan de ser una simplificación de todos los elementos fácticos que hacen de la información aportada trascendente o importante para el fin pretendido cuando se regula una exención o una reducción de la multa que correspondería. Algunos incluso son de forma más clara prácticamente solo hechos, por ejemplo, la no existencia de ninguna otra señal que acredite la finalización del cártel.

Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción atenuada por la concurrencia de circunstancias modificativas, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que las pruebas aportadas por la hoy recurrente no eran susceptibles de ser tomadas en consideración a los efectos del artículo 66.1 LDC (*"en el sentido de aportar un valor añadido significativo"*) y que la información suministrada no encajaba en el concepto legal de *"hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa"* a que se refiere el artículo 66.3 LDC, debería haber oído al respecto a la parte afectada.

Y al no haberlo hecho así incurrió en la vulneración del derecho constitucional invocado.

En definitiva, como bien se alega por la actora, y dejando al margen de nuestro actual enjuiciamiento las cuestiones relativas a la correcta subsunción jurídica de la solicitud de clemencia efectuada por la actora en el repetido artículo 66 LDC así como al margen también de la posibilidad de que el Consejo de la CNC dictase resolución sancionadora más allá de la propuesta del órgano instructor, y ciñéndonos exclusivamente a la pretensión ejercitada por la parte actora relativa a la **solicitud de restablecimiento del derecho de defensa vulnerado por la omisión del trámite de audiencia** acerca del posible cambio de calificación jurídica efectuado por la Resolución en relación con los concretos efectos de la solicitud de clemencia, es por lo que debemos declarar la nulidad de la Resolución impugnada exclusivamente en lo que se refiere a la concreta pretensión ejercitada en este procedimiento especial, esto es, *"en cuanto sanciona a PRODUCTOS COSMETICOS S.L.U (WELLA) al pago de la multa impuesta"*.

7. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la consiguiente nulidad parcial de la resolución impugnada en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos indicados.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO



En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PRODUCTOS COMETICOS, S.L.U (WELLA)**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Argimiro Vázquez Guillé, contra la Resolución dictada por el Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 2 de marzo de 2011, con la consiguiente nulidad de la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos declarados.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. Dª MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso Administrativo. Doy fe.

