



Roj: **SAN 3373/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3373**

Id Cendoj: **28079230062017100287**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **64/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000064 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00784/2014

Demandante: TOP CAR AUTO REISEN S.L.

Procurador: D. ALVARO ARMANDO GARCÍA DE LA NOCEDA DE LAS ALAS PUMARIÑO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. **64/2014** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **TOP CAR AUTO REISEN S.L.**, representada por el Procurador Sr. García de la Noceda de las Alas Pumariño, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada en fecha 2 de enero de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0404/12. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado y ponente la Ilma. Sra. **D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se anulase la resolución impugnada.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Si guiendo su curso el procedimiento y tras haber dado traslado a las partes de la tesis planteada por la Sala por providencia de fecha 7 de junio de 2007, que alegaron lo que tuvieron por conveniente, se señaló el día 12 de julio de 2017 para deliberación y fallo, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 2 de enero de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0404/12, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1999 hasta el 5 de Septiembre del 2012. Conducta que con amparo en lo prevenido en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia debe calificarse como muy grave.

Conducta que debió subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre las empresas que lo conforman.

SEGUNDO.- Declarar responsables de dicha infracción única y continuada, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos citados a las siguientes empresas:

13 . TOP CAR AUTO REISEN S.L.

TERCERO.- Imponerles, como autoras de la conducta descrita y en atención a las circunstancias de responsabilidad directa, agravatorias y/o atenuantes, las siguientes multas sancionadoras ex Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia , como aplicable no sólo en función de la duración de la conducta, sino también como más beneficiosa ex imperio de la Ley.

13. TOP CAR AUTO REISEN S.L. 31.990 €

Quedan eximidas del pago de esta multa por los razonamientos anteriormente desarrollados, las siguientes empresas: AURIGACROWN, AVIS, CENTAURO RENT A CAR, GOLDCAR SPAIN, RECORD-GO y SOLMAR.

CUARTO.- Declarar el archivo de las actuaciones seguidas con RENT A CAR PIÑERO S.L., por no haber quedado acreditada la comisión de infracción, ex Artículo 33.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- Ordenar a todas y cada una de las empresas sancionadas a publicar a su costa y en el plazo de quince días, a contar desde el siguiente al de la notificación de la presente Resolución, la Parte Dispositiva de la misma en dos de los diarios de información nacional de mayor de difusión, independientemente que la misma sea colgada en la WEB oficial de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La totalidad de



las empresas sancionadas difundirán entre sus asociados y partícipes el texto íntegro de esta Resolución. En caso de incumplimiento, total o parcial, o se produzca cualquier dilación, se les impondrá una multa coercitiva de €uros 3.000 por cada día de retraso o incumplimiento de lo aquí acordado, concretado y resuelto. En todo caso, la totalidad de las empresas sancionadas acreditarán y justificarán, fehacientemente, ante la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y mandado en los anteriores apartados (Parte Dispositiva).

SEXO.- Instar a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile el cumplimiento de lo acordado en esta Resolución.

SEGUNDO - Son datos fácticos para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

La Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia inició una información reservada S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, la cual traía causa en las inspecciones llevadas a cabo los días 26 de Octubre del 2011 y 11 de Enero del 2012, en diversas empresas y asociaciones en el sector del mercado de alquiler de coches sin conductor, en el marco del Expediente S/0380/11 Coches de alquiler.

Con fecha 24 de Febrero del 2012 y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la DI acordó y notificó la incoación de expediente sancionador contra AENA (S/0404/12 Servicios Comerciales AENA) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ampliándose con fecha 10 de abril de 2012 al resto de las empresas, que tras la tramitación pertinente finalizó con la resolución ahora impugnada.

TERCERO.- La resolución impugnada tras señalar cual es la normativa reguladora y el mercado relevante -alquiler a corto plazo de coches sin conductor que se comercializa en los aeropuertos españoles-, considera que " *el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, arrendatarias de espacios comerciales en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1996 hasta el 5 de Septiembre del 2012, constituye una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia; y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* "

La CNMC considera que la finalidad de este intercambio de información comercialmente sensible era la de tener conocimiento preciso de las cuotas de mercado de las empresas competidoras de alquiler de coche imputadas y de cómo evolucionaban sus ventas mes a mes, al intercambiarse información desagregada de cada una de ellas, de sus datos de facturación y número de contratos realizados mensualmente, en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales.

CUARTO.- La Sala por providencia de fecha 7 de junio de 2017 planteó a las partes la tesis dado que la resolución impugnada introduce una nueva acusación contra la actora por su presunta responsabilidad en un cártel de fijación de precios. Es decir, la resolución impugnada se aparta de forma inexplicable del criterio adoptado por la DI durante la fase de instrucción, señalando que el intercambio de información organizado por AENA formaría parte de una infracción única y continuada, consistente en un cártel de fijación de precios en el mercado de alquiler de vehículos sin conductor, atribuyéndole la responsabilidad de haber participado en el conjunto de las conductas constitutivas de cártel, habiéndose visto vulnerado el derecho de defensa por no haber podido realizar alegaciones a las acusaciones introducidas por la resolución impugnada.

QUINTO.- 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 técnica 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». Al 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 Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p 1825, apartado 21)."

SEXTO.- Pu es bien en el presente caso resulta que tanto de la propuesta de resolución como del contenido de la misma, se desprende que la conducta imputada es "el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor concesionarias en los aeropuertos de (...) con la colaboración de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de abril de 1996 hasta el 5 de septiembre de 2012 (...), sin embargo el resuelve de dicha resolución en su apartado tercero de forma sorpresiva señala que dicha conducta debió subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre las empresas que lo conforman, declarando responsables de dicha infracción única y continuada, entre otras, a la actora.

Añade en el fundamento de derecho 3, " Duración de la infracción. Es una evidencia probatoria, partiendo de la totalidad de las pruebas practicadas, que la duración de la infracción viene concretada: desde el 19 de Abril de 1996 hasta el 5 de Septiembre del 2012. Si bien es cierto que no todas las empresas imputadas por la comisión de las conductas prohibidas han permanecido en el cártel la totalidad de dicho periodo de duración total, según hemos dejado acreditado en el correspondiente hecho probado".

Es decir, lleva a cabo una modificación de la calificación jurídica de los hechos imputados que pasan de ser intercambio de información comercialmente sensible, a subsumirse en la participación en un cártel, de duración incierta y no acreditada, respecto de cada una de las empresas participantes, sin posibilidad de poder haber realizado alegación alguna al respecto.

Por ello debemos concluir que el derecho de defensa de la actora ha sido conculcado en dicho procedimiento sin que haya existido 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, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de "todo", ni puede decirse que acepte "todo" aquello de lo que no se defiende.

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, cuando ésta es esencial, habiendo causado indefensión.

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, la infracción imputada, sin mediar la realización de práctica de prueba distinta y adicional, salvo la mera declaración de que la conducta debió subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones.



Es claro que el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de la calificación previa que había motivado la incoación del expediente sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, entendía que la actuación era algo más que un intercambio de información, debería haber oído al respecto a la parte afectada y al no haberlo hecho así vulneró el derecho de defensa de la actora, procediendo a declarar la nulidad de la Resolución impugnada.

En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada en autos, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos impugnados.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el art.139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, debe condenarse a la Administración demandada al pago de las costas procesales, al haberse estimado el presente recurso contencioso-administrativo.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución

FA LLO

Que ESTIMANDO el recurso interpuesto por la representación procesal de **TOP CAR AUTO REISEN S.L.**, contra la resolución de la CNMC de fecha 2 de enero de 2014 a la que la demanda se contrae, que anulamos por ser contraria al ordenamiento jurídico. Se imponen las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que formula el magistrado Ilmo. Sr. D SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO a la sentencia de 19 de julio de 2017, recurso nº 64/14, Top Car Reisen SL.

SENTENCIA

- I . Manifiesto mi acuerdo con los antecedentes de hecho de la sentencia recaída en los presentes autos.
- II . Mi discrepancia se refiere a su fundamentación jurídica aunque no a la parte dispositiva, que también comparto.
- III . A continuación incorporo el texto alternativo que en mi opinión debería justificar un pronunciamiento estimatorio.

La diferencia esencial respecto de la mayoría radica en el carácter sustantivo de la infracción del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, que establece un régimen legal distinto al previsto en el artículo 20.3 del RD 1398/1993 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Valoro especialmente su impacto y consecuencias a la vista de lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva de daños).

IV . La propuesta alternativa que presenté a la Sala con ocasión de la deliberación de este asunto es la siguiente:

La cuestión que debe analizarse es la relativa a la denunciada indefensión causada a la recurrente por el cambio de calificación jurídica de la infracción, realizada por el Consejo de la CNMC, sin haberle dado previamente audiencia.

Esta es una cuestión sumamente controvertida y que hasta el presente cuenta con una respuesta estable de esta Sala, confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 12 de enero de 2016, recurso de casación nº 3853/2013 entre otras muchas), en sentido desestimatorio de la pretensión formulada, siempre que el Consejo de la CNMC al proceder al cambio de calificación jurídica de los hechos sin previa audiencia de la parte afectada, respete íntegramente el relato fáctico y la sanción que se imponga sea de menor gravedad que la propuesta.

No obstante, en este momento entendemos necesario proceder a un cambio en nuestra respuesta.



La razón de este cambio de criterio, que se hace con vocación de proyectar esta doctrina con carácter general para todos los casos futuros, queda reflejada en la fundamentación que se pasa a exponer y cobra pleno sentido desde la óptica del derechos de defensa de las empresas afectadas por la investigación.

A.) Como punto de partida debemos subrayar la naturaleza penal de las sanciones impuestas en materia de Derecho de la Competencia, ya que las mismas destacan, no sólo por su gran importancia económica, sino también por el daño reputacional que infligen a las empresas o personas físicas sancionadas y el estigma social que les causan.

Este calificativo de sanción de naturaleza penal, no obstante haber sido dictada en un procedimiento administrativo, constituye doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la que es un ejemplo la sentencia de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics v. Italia, apartados 59 a 62.

Por su parte, el Tribunal de Justicia desde la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C- 501/11 , Schindler, apartados 30 a 39, asume la doctrina contenida en la sentencia del TEDH citada y partiendo de sus postulados, extrae las consecuencias necesarias para realizar un exhaustivo control de plena jurisdicción que haga compatible con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el hecho de que se impongan sanciones administrativas de naturaleza penal por Instituciones como la Comisión Europea, o por las Autoridades Nacionales de Competencia

En estas circunstancias, no nos cabe duda de que debe extremarse el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 24.2 de la CE , cuando el desarrollo del expediente incoado conduzca a la imposición de una sanción de naturaleza penal.

B.) Ya en el plano puramente legislativo interno, el artículo 51.4 de la LDC textualmente dispone lo siguiente: "Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas".

En total contraste, el artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que: "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días".

Resulta conveniente precisar que esta última norma estaba vigente en el momento de producirse los hechos y aunque en la actualidad está derogada, el artículo 90.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , que la sustituye, mantiene la misma redacción.

Ante esta disparidad regulatoria, no nos cabe duda de la naturaleza de legislación especial del artículo 51.4 de la LDC , pues figura en una norma que regula un sector determinado y singular de la actividad de la Administración, como es el Derecho de la Competencia. Además, puede apreciarse a simple vista que esta regulación difiere sustancialmente de la norma común, a pesar de que ambas disciplinan jurídicamente una misma problemática.

La consecuencia de este carácter especial de la norma, es que el artículo 51.4 LDC desplaza en su aplicación al artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que deviene inaplicable. Sin embargo, a pesar de que esta última norma no fue invocada por la CNMC, la jurisprudencia recaída hasta el presente ha aplicado el contenido del citado artículo 20.3 en detrimento del artículo 54.1 de la LDC , sin justificar las razones de tal forma de proceder.

C.) Tal y como hemos anticipado, es importante subrayar que el artículo 51.4 LDC señala imperativamente que cuando se produzca un cambio de calificación jurídica respecto de la propuesta contenida en el pliego de concreción de hechos, el Consejo de la CNMC someterá la nueva calificación a los interesados.

Este claro y terminante mandato, que contrasta abiertamente con el régimen establecido en el artículo 20.3 del RD 1398/1993 , se realiza sin matiz ni distinción alguna, es decir, en todos los casos en los que se formule una nueva calificación jurídica de los hechos, se deberá conceder a las partes implicadas un trámite de alegaciones, con carácter previo a la adopción de la resolución definitiva del expediente.



Esta regulación específica contenida en la LDC trata de garantizar de una manera más enérgica el derecho de defensa de las partes objeto de la investigación y en este sentido debemos subrayar la naturaleza penal de una sanción que se impone con falta de audiencia previa al cambio de calificación de los hechos, es decir, de la acusación.

En estas circunstancias y en nuestra opinión, con independencia de la mayor o menor gravedad de la nueva imputación, tal forma de proceder constituye por sí misma y sin necesidad de una mayor justificación, una infracción sustantiva del artículo 54.1 LDC puesto en relación con el artículo 24.2 CE .

Dicha infracción de legalidad es, como decimos, sustantiva y no puede paliarse mediante la interposición de un ulterior recurso contencioso-administrativo invocando el carácter formal de la indefensión padecida, pues este supuesto está reservado a las infracciones meramente procedimentales, referidas generalmente a la denegación de medios de prueba (STC 82/2009 FJ 3). Por otra parte, debe precisarse que la doctrina del Tribunal Constitucional en este último punto se refiere a la posible violación de un derecho fundamental, pero la ausencia de vulneración de un derecho fundamental no descarta la existencia de una infracción de mera legalidad, aún formal, y ésta es plenamente fiscalizable en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin que su confesada vulneración pueda ser simplemente irrelevante.

En palabras de la STC 59/2004 FJ 3: "el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. Finalmente, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio , y subraya por su parte la STC 7/1998, de 13 de enero , "no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, como entonces advertíamos, nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos quienes, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, sancionen al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución".

D.) También tenemos que tener en cuenta que la estrategia comercial y procesal de la empresa, no puede quedar condicionada por la comisión de infracciones de legalidad como la denunciada, exclusivamente imputables a la Administración, que le imponen la carga de interponer recursos jurisdiccionales.

Los recursos jurisdiccionales prolongan la situación de incertidumbre en la que se encuentra la empresa y ello puede ser altamente negativo para su reputación e imagen, además de constituir un factor de gastos y de endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito, abocándola a una situación de menor competitividad en el mercado.

Este hecho pasa a tener una singular relevancia con la aplicación de las importantes y novedosas consecuencias indemnizatorias que impone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva de daños).

Esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno por el RD Ley 9/2017 de 26 de mayo, pendiente de convalidación en el momento de redactar esta sentencia.

En el nuevo marco regulatorio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Directiva de daños, los hechos declarados probados en una resolución sancionadora administrativa firme no pueden ser discutidos ante el orden jurisdiccional civil en el caso de una reclamación de daños formulada por un consumidor perjudicado y, además, cada empresa responderá como responsable solidario por los daños y perjuicios causados por el conjunto total de las conductas y empresas sancionadas. Por otra parte, las resoluciones administrativas firmes que declaren la existencia de una infracción podrían tener pleno valor probatorio ante cualquier Tribunal europeo, sin posibilidad de cuestionar tampoco dichos hechos.

De este modo, el eventual derecho de la empresa a aquietarse ante la imposición de una sanción y con ello renunciar a interponer un recurso jurisdiccional, aunque crea que la sanción es injusta, podría verse fuertemente limitado por las razones expuestas.

En estas circunstancias, la empresa sancionada tiene derecho a que se respete plenamente su derecho de defensa en vía administrativa y a decidir, una vez impuesta la sanción y determinadas sus consecuencias, si interpone o no los recursos pertinentes. No puede condicionarse pues su legítima estrategia procesal, por causa de una infracción de la ley que le provoca indefensión y que únicamente es imputable a la autoridad administrativa.



En consecuencia, en el marco regulatorio actual junto a la clásica aplicación pública del Derecho de la Competencia, que se plasma en la vertiente sancionadora cuya revisión compete a esta Sala, la Directiva citada implementa de forma armonizada la aplicación privada del Derecho de la Competencia, que se concentra en las reclamaciones por daños vinculadas a la comisión de conductas anticompetitivas. Ambas vertientes del Derecho de la Competencia constituyen un todo unitario, que se interrelaciona y cuya aplicación conjunta no puede disociarse.

E.) El análisis sobre el fondo del asunto pone de manifiesto además, la indefensión material sufrida por la recurrente en los términos que expresa la sentencia y cuyo razonamiento en este punto comparto plenamente. Mi discrepancia con el sentir de la mayoría reside en que para apreciar la infracción del artículo 54.1 LDC no es necesario, en mi opinión, acreditar la existencia de una indefensión material, pues basta con el cambio de calificación sin audiencia previa.

Debe subrayarse además, que los intercambios de información no son "per se" constitutivos de infracción alguna. Deben analizarse en el contexto económico y jurídico en el que se adoptan, pues los intercambios de información pueden ser pro competitivos o anticompetitivos (STJUE de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05 , Asnef Equifax).

En definitiva, un intercambio de información que tenga un objeto anticompetitivo debe reconducirse a una de las modalidades de infracción previstas en el artículo 1 de la LDC y /o 101 del TFUE .

F.) Debe precisarse que, ni la Directiva, ni su norma de transposición, contemplan su aplicación con efectos retroactivos por lo que, en principio, en un caso como el enjuiciado, no podría fundarse una reclamación ulterior de daños y perjuicios basada exclusivamente en las mismas, pues los hechos objeto de sanción fueron descubiertos e impuestas las sanciones antes de su entrada en vigor.

A pesar de ello, creemos muy conveniente tenerla presente por dos razones.

En primer lugar y esto es a los efectos de este procedimiento determinante, porque refuerza la coherencia de nuestra interpretación del artículo 54.1 de la LDC justificando su singularidad respecto del régimen general.

En segundo lugar porque es necesario, en este momento en que se produce un muy relevante e inédito cambio normativo, clarificar este aspecto de la interrelación entre la actuación pública y privada en materia de Derecho de la Competencia y, de esta forma, fijar, desde este mismo instante, un nuevo estándar de control que puede evitar futuras anulaciones de resoluciones sancionadoras.

Es importante destacar que, incluso antes de la entrada en vigor de la Directiva de daños, la Sala I del TS en su sentencia de 7 de noviembre de 2013, recurso de casación 2472/2011, asunto Ebro cártel del azúcar, se planteó esta cuestión, cuando la Directiva de daños era un mero proyecto.

Dicha sentencia, en su FJ 3 y basándose esencialmente en la jurisprudencia constitucional, de forma excepcional concedió, ciertamente no a una mera resolución administrativa firme, sino a la sentencia que la confirma, un valor probatorio singular a la hora de fijar los hechos que sirven de base a la reclamación de daños. Esta novedosa doctrina de la Sala I que ha guiado la actuación de los operadores jurídicos hasta el presente, puede considerarse la antesala de lo que con más rotundidad establece la Directiva y su norma de transposición ya en vigor.

G.) En estas circunstancias consideramos conveniente dejar constancia de las disposiciones de la Directiva sobre estos aspectos.

Así, el artículo 9.1 de la Directiva dispone lo siguiente:

"Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia".

En términos sustancialmente idénticos se pronuncia el nuevo artículo 75.1 de la LDC , introducido por el RD Ley de transposición antes citado.

Pero es más, el párrafo segundo del artículo 9 de la Directiva señala que toda resolución firme a las que se refiere el párrafo primero dictada en otro Estado miembro, puede ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia y que, en todo caso, pueda presentarse como un prueba más en los distintos procesos nacionales.



Este segundo párrafo establece una versión de mínimos del principio de pleno reconocimiento, que Estados como Alemania o Austria al transponer la Directiva 2014/104 han elevado al máximo rango, por lo que una resolución firme de las autoridades administrativas o judiciales españolas declarando la existencia de una infracción, presentadas en dichos Estados a los efectos de obtener una indemnización por daños por infracción de la normativa del Derecho de la Competencia, tiene un valor irrefutable ante sus órganos jurisdiccionales nacionales.

Tal y como hemos señalado anteriormente, este carácter expansivo de las resoluciones nacionales refuerza, aún más, la obligaciones de la CNMC y de los Tribunales nacionales de velar por el impecable respeto de los derechos defensa de las partes implicadas en un expediente sancionador.

H). Sin embargo, no es esa la única previsión de la Directiva 2014/104 que incide en la cuestión analizada, pues su artículo 11 anuda muy relevantes consecuencias a la determinación la autoría de la infracción.

Dispone este artículo 11.1 lo siguiente: "Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la Competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada".

El RD Ley 9 /2017 de 26 de mayo introduce el nuevo artículo 73.1 de la LDC que coincide plenamente con las previsiones de la Directiva, estableciendo la singular regulación de lo que la doctrina ha venido en llamar la solidaridad impropia

En estas circunstancias, ante una eventual reclamación de daños por parte de los consumidores, el ámbito de la responsabilidad de la empresa denunciada es muy muy diferente si afronta la situación como autor de una infracción única y continua o continuada, que si lo hace como autor de una infracción única continua o continuada y compleja.

A estos efectos resulta pertinente delimitar los conceptos empleados.

El de infracción única y continua o continuada se refiere a una situación en la que varias empresas han participado en una infracción constituida por un comportamiento continuo o continuado que tenga una única finalidad económica dirigida a falsear la competencia, o incluso por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto, como sería la coincidencia de una misma finalidad, de todos los elementos y de sujetos, tal sería el caso de coincidencia en la identidad de las empresas de que se trata conscientes de participar en el objetivo común (Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015, Asunto T- 655/11 , FSL Holdings, apartado 479).

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 Asunto Trelleborg Industrie SAS, T-147 y 148/09, apartados 57 a 71 y 72 a 89, nos clarifica la diferencia entre infracción continua y continuada que reside en el hecho de que la conducta única se haya interrumpido o no de forma temporal y posteriormente se haya retomado, dato esencial a los efectos del cómputo de la prescripción.

En atención a lo expuesto procede estimar el presente recurso.

Madrid, a 26 de julio de 2017.

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/07/2017 doy fe.