



Roj: **SAN 3063/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3063**

Id Cendoj: **28079230062016100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **343/2014**

Nº de Resolución: **290/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3063/2016,**
STS 3007/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000343 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04322/2014

Demandante: NESTLÉ ESPAÑA, S.A.

Procurador: D. EDUARDO CODES FEIJOO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a once de julio de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 343/14 promovido por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo actuando en nombre y representación de **NESTLÉ ESPAÑA, S.A.**, contra la resolución de 31 de julio de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, desestimatoria del recurso interpuesto frente a la dictada con fecha 24 de abril anterior por la Dirección de Competencia. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se acordase estimar el recurso y, en consecuencia:

"1. Se revoque la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 31 de julio de 2014 dictada en el expediente R/AJ/0245/14 por la que se desestimó el previo recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA, S.A., al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014.

2. Se declare la nulidad del acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 que amplió respecto a NESTLÉ ESPAÑA, S.A. el período de imputación contemplado en el Pliego de Concreción de Hechos del expediente sancionador S/0425/12 respecto de la acusación de intercambio de información.

3. Se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formulación de la Propuesta de Resolución la cual deberá re-formularse, pudiendo basarse exclusivamente en los hechos descritos en el Pliego de Concreción de Hechos en su versión original.

4. Todo ello con imposición de las costas devengadas en el presente proceso a la Administración demandada".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 4 de mayo de 2016, habiéndose prolongado la deliberación en sucesivas sesiones.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 31 de julio de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente R/AJ/0245/14 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por NESTLÉ contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014".

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del pleito los siguientes:

1.- Con fecha 23 de julio de 2012 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia dispuso la incoación del expediente sancionador S/0425/12 contra determinadas entidades por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda; acuerdo que fue ampliado el 5 de marzo de 2014 a ocho entidades más, ampliándose asimismo la incoación por conductas prohibidas en el artículo 101 del TFUE al considerarse que las prácticas analizadas podrían afectar también al comercio intracomunitario.

2.- Con fecha 18 de marzo de 2014 la Dirección de Competencia formuló pliego de concreción de hechos (folio 10.411) en cuyo apartado 6.3.8, y sobre "NESTLÉ ESPAÑA, S.A. ("NESTLÉ")", se indicaba lo siguiente:

"Se considera que las prácticas anticompetitivas descritas en el apartado 5 de este Pliego que son imputables a PASCUAL (sic) son particularmente: a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales que, en algunos casos, se podrían haber materializado en acuerdos: desde 2000 a 2003, y desde 2007 a 2010..."

3.- De acuerdo con lo prevenido en el artículo 50.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, se concedió a NESTLÉ un plazo de 15 días a fin de formular alegaciones al pliego de concreción de hechos, lo que verificó por escrito de 14 de abril siguiente (folios 11.282 a 11.328, acompañados como documento núm. 1 junto con la demanda). Entre las alegaciones formuladas, la mercantil expedientada se refería a la "Indebida consideración de una infracción única y continuada" (folio 11.322), destacando que las conductas que se le imputaban constituían actuaciones diferenciadas entre sí y separadas por un lapso de tiempo de más cuatro años, por lo que las más antiguas estarían prescritas.



4.- Con fecha el 21 de abril de 2014 se notificó a la demandante el acuerdo de cierre de la fase de instrucción.

5.- El 24 de abril siguiente la Dirección de Competencia adoptó nuevo acuerdo por el cual se reabría la instrucción del expediente bajo la justificación de *"subsana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, determinados errores materiales del apartado 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos..."*. En el nuevo acuerdo adoptado con esa misma fecha (folios 12.034 a 12.113) se resolvía lo siguiente: *"Advertidos determinados errores en el apartado 6.3 "SOBRE LA RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN CONCRETA DE LAS EMPRESAS Y LAS ASOCIACIONES" del anterior PCH notificado con fecha 19 de marzo de 2014, y de acuerdo con lo establecido en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (BOE de 27) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se procede a subsanar completando las responsabilidades individuales, de cada una de las siguientes empresas: (...) 5. NESTLÉ ESPAÑA S.A. ("NESTLÉ"). Se considera que las prácticas anticompetitivas descritas en el apartado 5 de este pliego que son imputables a NESTLÉ son también las siguientes: a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos casos, se podrían haber materializado en acuerdos: también para los años 2004 (de conformidad con el apartado 225 del PCH notificado, y los folios 8.514-5.515, y el apartado 177 del PCH notificado y folio 2.015) y 2006 (de conformidad con el apartado 178 del PCH notificado, y el folio 8.637 a 8.638)"*.

6.- Dicho acuerdo de subsanación de pliego de cargos fue notificado a NESTLÉ con fecha 25 de abril de 2014. En el mismo, la Dirección de Competencia le confería traslado para que, en el plazo de quince días a contar desde la recepción de la notificación, pudiera contestar el acuerdo de subsanación exclusivamente en lo referente a la ampliación temporal de la responsabilidad de los hechos imputados, proponiendo en su caso las pruebas que considerase pertinentes.

7.- Con fecha 9 de mayo de 2014 NESTLÉ interpuso frente al referido acuerdo el recurso previsto en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia (folios 12.450 a 12.455 expte. S/425/12 y 1 a 6 expte. R/AJ/0245/14) al considerar que la ampliación acordada vulneraba el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues excedía de una simple corrección de errores materiales y suponía una "ampliación de imputaciones en toda regla". Entendía, además, que el acuerdo impugnado, al ampliar temporalmente la responsabilidad de NESTLÉ respecto de los hechos que se le imputaban, incurría en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al haberse incumplido el procedimiento al efecto previsto en el artículo 50.3 de la LDC y según el cual *"Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes"*, sin que el precepto previese una especie de réplica que pudiera dar lugar a una modificación del mismo pliego. En este sentido, advertía que la ampliación temporal obedecía precisamente a las alegaciones formuladas por NESTLÉ frente al inicial pliego de concreción de hechos en las que ponía de manifiesto la inexistencia de una infracción continuada al estar las actuaciones que se le imputaban distanciadas en el tiempo. Por ello, denunciaba que la ampliación suponía una verdadera réplica a las alegaciones de los interesados no prevista en la Ley. Destacaba que, desde la notificación del pliego supuestamente defectuoso o erróneo, habían transcurrido 35 días, por lo que la pretendida subsanación no sería espontánea, sino que respondería al contenido de las alegaciones de la interesada. Y denunciaba, en fin, que la actuación de la Dirección de Competencia resultaba contraria a la buena fe objetiva y generadora de indefensión, advirtiendo que *"la referencia a hechos acaecidos en los años 2004 y 2006 dificulta la defensa de NESTLÉ en la medida en que mi representada no conserva ya muchos documentos que podrían haber servido para rebatir las acusaciones realizadas en PCH con base en algunos documentos citados en el Expediente"*.

8.- Con fecha 12 de mayo de 2014, y conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.

9.- El 13 de mayo de 2014 la Dirección emitió el preceptivo informe (folios 9 a 13 expte. R/AJ/0245/14) sobre el recurso interpuesto por NESTLÉ, informe en el que proponía su inadmisión al considerar que el acuerdo recurrido era un acto de trámite que no cumplía los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC.

10.- Con fecha 29 de mayo de 2014 la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso y conceder a la recurrente un plazo de 15 días para formular alegaciones, que no presentó; y, finalmente, con fecha 31 de julio de 2014, dictó la resolución desestimatoria frente a la cual NESTLÉ interpuso el recurso contencioso-administrativo que dio origen a los presentes autos.

SEGUNDO .- Sobre la base de los antecedentes expuestos, y antes de analizar los concretos motivos de impugnación que se esgrimen en la demanda, conviene recordar que el artículo 47.1 de la Ley 15/2007, de



3 de julio, de Defensa de la Competencia , bajo la rúbrica "Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación" , dispone que "Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días".

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2014 se ha pronunciado sobre el alcance de este precepto al señalar que "En este sentido, apreciamos que la decisión de la Sala de instancia es plenamente acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 30 de septiembre de 2013 (RC 5606/2010) , en que formulamos criterios interpretativos para la adecuada aplicación del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia , en los siguientes términos:

« (...) En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1 , esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos". Quiérese decir, pues, que tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador»".

Se trata, en realidad, de la traslación al procedimiento en materia de defensa de la competencia de la previsión del artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y, en definitiva, de la manifestación en este ámbito de la distinción entre actos de mero trámite y actos de trámite cualificados, susceptibles de impugnación autónoma, precisada también por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 2 marzo 2012 , donde manifiesta lo siguiente: "Hemos de partir de que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos atiende a la función que desempeñan en el procedimiento, y así se distingue entre actos de trámite que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, y las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas. La diferenciación determina que los actos de trámite no sean impugnables separadamente, sino que es al recurrir la correspondiente resolución cuando pueden suscitarse las cuestiones relativas a su legalidad. Así se recoge en el art. 107 de la LRJ-PAC y 25-1LRJCA de tal manera que los actos de trámite solo son recurribles separadamente cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Esta normativa, como reconoce el TJCE (sentencia de 15-5-2003, asunto C-214/00) , no afecta a una tutela judicial adecuada de los particulares. Además responde a principios de racionalidad y eficacia procedimental para evitar que los procedimientos se vean paralizados por reclamaciones sucesivas contra meros actos preparatorios y no decisorios. Por tanto, acto trámite es aquél cuyo contenido aparece desprovisto de todo carácter decisorio, de modo que en nada incida, en forma directa o indirecta sobre la situación jurídica de los particulares afectados. De esta manera su no impugnabilidad no puede afirmarse a priori y genéricamente en abstracto sino atendiendo a los fines que cumplen y los efectos que desencadenan, "pues la contemplación de estos fines y efectos mostrará el verdadero sentido del acto, aquel que revelará si estamos en presencia de un acto interlocutorio o de una resolución que pone fin a una fase del procedimiento administrativo autónoma respecto de otra posterior a la que predetermina en una parte sustancial de su contenido y alcance, afectado al propio tiempo derechos e intereses legítimos" (STS de 15-3-1999 RC 2355/1997)".

No tiene el carácter de acto de trámite, desde luego, el ahora controvertido, y así lo entendió la misma resolución que se recurre al admitir el recurso por la vía del artículo 47.1 no obstante el sentido del informe emitido con fecha 13 de mayo de 2014 por la Dirección de Competencia en el que afirmaba, tras los razonamientos que refleja el mismo informe, que "... esta Dirección de Competencia considera que en el presente caso, no concurren los elementos establecidos en el artículo 47 de la LDC que justifiquen la admisión a trámite del presente recurso".

TERCERO .- El objeto del litigio se reduce entonces a constatar la legalidad del acuerdo de 24 de abril de 2014, adoptado por la Dirección de Competencia y mediante el cual se modificaba el pliego de concreción de hechos en los términos que hemos descrito antes.

La sucesión de hechos relevantes para determinarlo podría sintetizarse así:

1. - El 18 de marzo de 2014 recayó pliego de concreción de hechos, notificado a la interesada el 20 de marzo.
- 2.- El 14 de abril siguiente NESTLÉ ESPAÑA, S.A. presentó alegaciones al amparo de lo establecido en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007 .
- 3.- El 21 de abril se notificó a NESTLÉ el cierre de la fase de instrucción del expediente "*con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*".
- 4.- El 24 de abril siguiente la Dirección de Competencia acordó la reapertura de la fase de instrucción al objeto de "*subsana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, determinados errores materiales del apartado 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos...*". Pliego que quedó redactado en los términos antes indicados, y que suponía que NESTLÉ podría haber intervenido en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales también en los años 2004 y 2006.
- 5.- Con fecha 9 de mayo de 2014 NESTLÉ ESPAÑA S.A. interpuso contra dicho acuerdo el recurso previsto en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia que, previos los trámites correspondientes, fue desestimado por la CNMC.

CUARTO.- La modificación del pliego de concreción de hechos se hizo, por tanto, al amparo del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual "*Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos*".

El primero de los motivos en que se sustenta la demanda gravita precisamente en torno a la imposibilidad de que un acuerdo como el cuestionado pueda llevarse a cabo por esta vía toda vez que su alcance no se limitaría a la mera corrección de un error material, sino que supondría, en rigor, una ampliación temporal de los hechos imputados en el pliego de concreción de hechos.

Denuncia que la modificación implica un juicio valorativo que lleva a cabo la Dirección de Competencia para extender la intervención de NESTLÉ a los años 2004 y 2006, que solo es posible tras un razonamiento en el que se concluye que la participación de la entidad en los hechos investigados ha sido acreditada "*... y, de este modo, modificar la calificación jurídica de la conducta continuada que se imputa a NESTLÉ en el PCH...*".

Supone que la Dirección de Competencia no ha subsanado un error de hecho, sino de derecho, llevando a cabo una nueva valoración jurídica de documentos obrantes en el expediente que excede del cauce que habilita el artículo 105.2, además de manifestar una modificación de la voluntad inicialmente reflejada en el pliego de concreción de hechos como consecuencia de las alegaciones de NESTLÉ y de otras industrias en las que se evidenciaban las lagunas de aquel, "*modificando su voluntad expresada en el PCH original en el sentido de ampliar la duración de la infracción imputada a NESTLÉ...*".

Sobre la interpretación que ha de darse a la corrección de errores materiales que regula el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Supremo, y así en sentencia de 3 octubre 2014, en la que expresa lo siguiente:

"SÉPTIMO.- *Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta Sentencia, la parte recurrente plantea como único motivo de casación la infracción del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, referente a la potestad de corrección de errores materiales o aritméticos. Al respecto es jurisprudencia constante que el error del artículo 105.2 Ley 30/1992 debe reunir las siguientes características:*

- 1º *Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.*
- 2º *Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte.*
- 3º *Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos.*
- 4º *No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.*

5º *La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión.*

6º *Debe aplicarse con criterio restrictivo."*

En análogo sentido, la más reciente de 15 de febrero de 2016 declara que *"La jurisprudencia de esta Sala viene realizando una interpretación del error material que puede resumirse o compendiarse del siguiente modo: el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo corrector ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio restrictivo. En este sentido la Sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil expuso que «no puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento específico de los arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero) y 25 de mayo de 1990, 16 de noviembre de 1998) y 9 de diciembre de 1999 »."*

La lectura del texto original del pliego de concreción de hechos y del corregido evidencia, sin ninguna duda, que la modificación excede de la que pudiera amparar el artículo 105.2 pues no se trata de la mera rectificación de un error material.

En efecto, la decisión implica una actividad valorativa que lleva a la Dirección de Competencia a considerar que la intervención de NESTLÉ en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, precisamente la conducta imputada, no se ceñía a los períodos inicialmente delimitados -desde 2000 a 2003 y desde 2007 a 2010-, sino que abarcaría también los años 2004 y 2006.

Las explicaciones que ofrece la resolución de 31 de julio de 2014, ahora recurrida, para justificar el carácter meramente material del error, resultan reveladoras precisamente de lo contrario.

Después de afirmar, sin otras precisiones, que la participación de NESTLÉ en los años 2004 y 2006 *"se desprende inequívocamente del apartado 5 del PCH, en particular de los párrafos 225, 177 y 178, así como del anexo I del PCH de 18 de marzo de 2014 ..."*, manifiesta que *"En relación con el párrafo 178, si bien es cierto, como señala la recurrente, que el mismo no hace referencia expresa NESTLÉ, el párrafo indica literalmente que "se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer en torno al 4%". La mención al Gremi debe entenderse como alusiva, entre otros, a la recurrente por cuanto ésta, como señala la DC en su informe, formaba parte del Gremi, siendo además miembro de la Junta Directiva"*.

Siendo así que NESTLÉ cuestiona que su pertenencia formal a la Junta Directiva del Gremi acredite que participara en la reunión mencionada en el párrafo 178 del pliego de concreción de hechos original, es evidente que la corrección realizada implica una valoración por parte de la Dirección de Competencia que altera, además, en este concreto y trascendente extremo - prolongación en el tiempo de la conducta infractora-, el sentido del acto rectificado.

Asiste la razón entonces a la recurrente cuando afirma que *"ello puede tener un impacto en la consideración del conjunto de las prácticas supuestamente restrictivas identificada en el PCH como una infracción única y continuada y que exige que la Administración demuestre la existencia de conexiones objetivas y subjetivas entre unas y otras, que no se ha producido una interrupción temporal, etc."*



Desde luego, la Dirección no se limitó a rectificar un dato materialmente erróneo en el acto corregido que mostrase, como requiere la jurisprudencia, idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado. Más bien revela que la Administración, bajo el pretexto de la posibilidad de rectificación que ofrece el precepto, ha llevado a cabo una verdadera revisión de oficio del sentido del acto en claro perjuicio del afectado.

QUINTO .- Si la infracción del artículo 105.2 es, conforme a lo expuesto, palmaria, al no concurrir los presupuestos a que se condiciona su aplicación, otro tanto sucede con los que regulan el procedimiento sancionador.

La observancia del mismo constituye la primera garantía formal recogida en el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo apartado 1 dispone que *"La potestad sancionadora de la Administración [...] se ejercerá [...] con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio"*, lo que se reitera en el apartado 3 del artículo 134 según el cual *"en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento"*, excluyendo de este modo las llamadas "sanciones de plano", que ya habían sido descalificadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/1981, de 8 de junio.

Dentro de los principios básicos que han de inspirar el procedimiento sancionador se encuentra el derecho a conocer la imputación formulada, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que *"el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto"* (STC de 24 de mayo de 1983, Sala Primera, 44/1983).

En los procedimientos para la imposición de las sanciones previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, es en el pliego de concreción de hechos donde han de ponerse de manifiesto claramente los que se imputan, los sujetos responsables, las pruebas que han llevado a realizar la imputación, las infracciones advertidas y las sanciones que cabría imponer por las mismas. Es el acto formal por el cual la empresa es informada de las acusaciones formuladas contra ella y de los hechos sobre los que se asientan tales acusaciones, hasta el punto de que debe excluirse la imposición de una sanción por hechos distintos de los reflejados en el mismo. Sobre la importancia y alcance del pliego de cargos en materia de competencia y su necesaria notificación a las empresas imputadas se ha pronunciado el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados 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, declarando lo siguiente:

"66. Sobre esta cuestión, procede recordar que el respeto del derecho de defensa, que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe ser observado en todos los casos, especialmente en todo procedimiento que pueda dar lugar a la imposición de sanciones, aunque se trate de un procedimiento administrativo, exige que la empresa interesada haya tenido la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II- 5761, apartado 32, y la jurisprudencia que allí se cita).

67. Según la jurisprudencia, el pliego de cargos debe contener una exposición de éstos redactada en términos suficientemente claros, aunque sean resumidos, como para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. En efecto, sólo si cumple este requisito puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse oportunamente, antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a II - 989 SENTENCIA DE 26.4.2007 - ASUNTOS ACUMULADOS 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 C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 42, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Mo och Domsjö/Comisión, T-352/94, Rec. p. II-1989, apartado 63)".

Por otra parte, la posibilidad de alterar, una vez concluida la fase procedimental correspondiente, el pliego de concreción de hechos, haría ilusorio el derecho a formular alegaciones frente al mismo que reconoce la Ley.

En efecto, el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone que *"Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes"*.

En el mismo sentido, el artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece que *"De conformidad con lo previsto en el art. 50.3*



de la Ley 15/2007, de 3 de julio , los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que será notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes. Recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, la Dirección de Investigación procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el art. 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio " .

La finalidad del pliego de concreción de hechos es, insistimos, la de delimitar los que puedan ser constitutivos de infracción; y su relevancia resulta evidente, pues constituye una garantía para el expedientado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos.

Es consustancial con esa finalidad, y con la garantía a la que sirve, que no pueda ser modificado a la vista de las alegaciones presentadas por el expedientado, acomodándolo a las mismas con el fin de eludir su eventual eficacia exculpatoria.

Y eso es, precisamente, lo que ha sucedido aquí.

Desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, ha alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite.

Además, la afectación al derecho de defensa de la expedientada que con ello se ha causado no puede discutirse. Esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado.

Y es que la posterior audiencia concedida a NESTLÉ cuando se había modificado ya el pliego no enerva esta conclusión, tal y como pretende el Abogado del Estado en la contestación a la demanda. De admitirse esta posibilidad, la Dirección de Competencia podría cerrar la fase de instrucción del procedimiento y reabrirlo posteriormente para modificar el pliego de concreción de hechos cuantas veces considerase necesario con tan solo dar traslado después al expedientado, salvando con ello su posible indefensión.

A juicio de la actora, la infracción arrastra la nulidad de pleno derecho de lo actuado por incurrir en el motivo previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido condicionando la posibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho por esta causa a que el acto se haya dictado prescindiendo totalmente de los trámites del procedimiento, resultando insuficiente la omisión de alguno de dichos trámites, por importante que fuera.

La sentencia de 25 noviembre 2015 declara en este sentido que "Además, como se señala la STS de 17 de mayo de 2012 (Rec. 5.275/2008)-, remitiéndose a su vez a la Sentencia de dicho Tribunal de 28 de diciembre de 2005 (Rec. 7.851/2002), dictada en un supuesto de deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre: Como hemos señalado en numerosas ocasiones (por todas STS de 14 de febrero de 2000) «la nulidad de los actos administrativos sólo era apreciable en los supuestos tasados del art. 47 LPA (art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre ...) y la anulabilidad por defectos formales, sólo procedía cuando el acto carecía de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producía indefensión de los interesados, según el art. 48.2 LPA) (art. 63.2 LRJ-PAC) », por ello, «cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal».

En la misma línea hemos señalado (SSTS 10 de octubre de 1991 y 14 octubre 1992 que para que proceda la nulidad del acto prevista en el precepto considerado como infringido (62.1.e LRJ-PAC, antes 47 LPA) «es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que éste sea. Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 48.2 de la referida Ley Procedimental (ahora 63.2 de la Ley 30/1992) aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados». Y, por último debemos reiterar que «no se produce indefensión a estos efectos si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también



recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas» (STS 27 de febrero de 1991, «si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional» (STS de 20 de julio de 1992) ... Por ello, «si el interesado en vía de recurso administrativo o Contencioso-Administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento» (STS de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991). En síntesis, que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJ-PAC), y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía Contencioso-Administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión -de suerte que ésta hubiere sido la misma-, como cuando aún sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa".

En la de 5 de diciembre de 2012 manifiesta que "El segundo motivo de nulidad se fundamentó en diferentes omisiones y vulneraciones del procedimiento administrativo seguido para la concesión minera objeto de la solicitud de revisión, deficiencias detalladas en la sentencia recurrida y por cuya importancia hemos reproducido en el primer fundamento de la presente. Ahora bien, la causa de nulidad del artículo 62.1.e) está reservada para los supuestos de omisión absoluta de procedimiento (Sentencias de 14 de abril de 2010, RC 3533/2007, y 14 de febrero de 2012, RC 567/2008), pues, como dice la sentencia de 7 de noviembre de 2011 (RC 1322/2009), «requiere que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de ellos por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental».

Por tanto, y no obstante las dudas que pudieran suscitarse en este caso sobre el alcance de la infracción, entendemos que debe resolverse a favor de la anulación del acto que se impugna por incurrir en el supuesto del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y no a favor de su nulidad de pleno derecho, que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva como exige la jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2012 donde se declara que "... ha de reconocerse que las causas de nulidad radical o de pleno derecho deben ser objeto de interpretación restrictiva. Los fines que persigue la Administración, de carácter general y público, junto con la presunción de validez de que gozan los actos administrativos, hace que el principio general que rige en el derecho privado de nulidad de pleno derecho expresado fundamentalmente en el artículo 6 del Código Civil, se sustituya por la regla general de anulabilidad o nulidad relativa ...".

SEXTO.- Conviene, por último, hacer alguna precisión sobre el alcance del fallo teniendo en cuenta lo hasta aquí razonado y la concreta petición formulada en la demanda, en la cual se interesa se declare la nulidad del acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014, que, en consideración a lo antes expuesto, resulta anulable; y que se ordene " la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formulación de la Propuesta de Resolución la cual deberá re-formularse, pudiendo basarse exclusivamente en los hechos descritos en el Pliego de Concreción de Hechos en su versión original".

Respecto de esta última reclamación, entendemos que procede en efecto la retroacción de actuaciones pero al momento inmediatamente anterior al acuerdo que se anula, es decir, al dictado en fecha 24 de abril de 2014 que resolvía la reapertura de la fase de instrucción y alteraba el pliego de concreción de hechos. Pero sin que ello suponga que deba formularse propuesta de resolución basada "... exclusivamente en los hechos descritos en el Pliego de Concreción de Hechos en su versión original", pronunciamiento que excede del alcance de las conclusiones a que hemos llegado en los párrafos precedentes y que determinaría la necesaria consolidación de dicho pliego, cuando es lo cierto que lo que determina el pronunciamiento anulatorio es la vía por la cual se ha llevado a cabo su rectificación y la afectación al derecho de la recurrente que con ello se produjo.

SÉPTIMO.- Procede entonces la estimación parcial del recurso en los términos antedichos, sin que, con arreglo a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se haga especial imposición de las costas causada en esta instancia.

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

**FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 343/14 promovido por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo actuando en nombre y representación de **NESTLÉ ESPAÑA, S.A.**, contra la resolución de 31 de julio de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, desestimatoria del recurso interpuesto frente a la dictada con fecha 24 de abril anterior por la Dirección de Competencia, debemos anular y anulamos dichas resoluciones, por ser contrarias a Derecho; y ordenamos se retrotraiga el procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, previa la constitución del correspondiente depósito, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 19/07/2016 doy fe.