



Roj: **SAN 4216/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4216**

Id Cendoj: **28079230062016100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **1/2015**

Nº de Resolución: **432/2016**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4216/2016,**  
**ATS 7978/2017,**  
**STS 3625/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000001 / 2015

**Tipo de Recurso:** DERECHOS FUNDAMENTALES

**Núm. Registro General:** 00145/2015

**Demandante:** REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.

**Procurador:** D<sup>ÑA</sup>. **TERESA ROBLEDO MACHUCA**

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. **BERTA SANTILLAN PEDROSA**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 1/2015 tramitado como procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y promovido por la Procuradora de los Tribunales D<sup>ña</sup>. **Teresa Robledo Machuca**, en nombre y en representación de la mercantil "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.", contra el Acuerdo de Recalificación dictado en el expediente sancionador



SNC/0032/13 de 18 de diciembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y contra el Acuerdo de Requerimiento de Información adoptado en la misma fecha y en el mismo expediente sancionador. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado así como el Ministerio Fiscal.

## 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 que:

"...dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare nulos y contrarios a Derecho el Acuerdo denominado de Recalificación en el expediente sancionador SNC/0032/13, de 18 de diciembre de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Acuerdo de la CNMC de 18 de diciembre de 2014, denominado de Requerimiento de Información, adoptado en el mismo expediente SNC/0032/13".

**SEGUNDO.** Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.** Posteriormente se concedió el trámite de conclusiones y una vez aportados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo.

**CUARTO.** Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 19 de octubre de 2016.

**QUINTO.** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

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

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. **BERTA SANTILLAN PEDROSA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A." impugna, a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, las siguientes resoluciones administrativas:

1) El Acuerdo denominado de Recalificación dictado en el expediente sancionador SNC/0032/13 en fecha 18 de diciembre de 2014 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Dicha resolución acuerda:

"**PRIMERO.** Modificar la calificación propuesta por la Dirección de Competencia, por considerar que la duración de la infracción objeto de este expediente, no finalizaba el 28 de julio de 2013 (fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo), sino que se mantiene hasta la actualidad.

**SEGUNDO.** Someter la nueva calificación al interesado y a la Dirección de Competencia para que en el plazo de quince días formule las alegaciones que estimen oportunas.

**TERCERO.** - Suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento con efectos desde la fecha de este mismo acuerdo hasta que el interesado presente sus alegaciones o transcurra el plazo concedido".

2) El Acuerdo denominado de Requerimiento de Información adoptado en el mismo expediente SNC/0032/13 en fecha 18 de diciembre de 2014 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Dicha resolución, en lo que ahora nos interesa, acuerda:

"**PRIMERO.**- Requerir a REPSOL-CPP para que en un plazo de diez días aporte el volumen de negocios derivado de la actividad de las siguientes EESS durante los años 2009 a 2014:

EESS CODO/comisión sujeta a normativa de competencia: 1576 EESS.

EESS DODO/comisión sujeta a normativa de competencia: 766 EESS.

ESSS CODO/venta en firme con descuento: 11 EESS".

**SEGUNDO.** - En el escrito de demanda presentado por la recurrente se solicita la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas por entender que vulneran el artículo 24 de la CE (principio acusatorio y derecho

de defensa) y el artículo 25 de la CE (vulneración del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables). Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Afirma que las resoluciones impugnadas representan la pretensión de la CNMC de obligar a los operadores a novar unilateralmente los contratos de comisión por cuenta ajena libre y legítimamente celebrados con un gran número de estaciones de servicio. Y lo pretende mediante la coacción ejercitada a través de un uso claramente desviado de la potestad sancionadora y que conculca las garantías esenciales del procedimiento administrativo sancionador.

La mercantil recurrente entiende que las resoluciones administrativas impugnadas son actos de trámite recurribles de forma autónoma por cuanto tienen la consideración de actos de trámite cualificados ya que deciden sobre el fondo del asunto y, además, producen indefensión. Son actos que no se limitan a impulsar el procedimiento sino que incorporan decisiones que predeterminan el contenido del acto resolutorio y pueden así producir perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos. Y en este sentido, afirma que ello sucede en el Acuerdo denominado de Recalificación en cuanto que determina que la infracción imputada a Repsol existe y dura hasta la actualidad y en el acuerdo de petición de información que ejecuta el anterior ya que con ello la Administración anticipa la base del cálculo de la sanción pues va a tener en cuenta el volumen de negocios de la mercantil recurrente hasta la actualidad. Insiste en que los actos impugnados son actos que suponen una clara anticipación material de la decisión final del expediente sancionador y son actos de trámite cualificados que permite su impugnación por cuanto tienen un contenido materialmente decisorio y propio de una resolución sancionadora.

La mercantil recurrente entiende que dichos actos vulneran las garantías previstas en el artículo 24 de la CE aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores. Y entre las garantías constitucionales que protege el citado precepto y que entiende han vulnerado los actos administrativos impugnados está el principio acusatorio que forma parte esencial del derecho de defensa. Principio que se infringe cuando el órgano competente para resolver el expediente sancionador altera los hechos que ya se habían fijado en la imputación realizada por la Dirección de Competencia con la propuesta de resolución. Y, según expone el recurrente, esto es lo que ha ocurrido en el presente caso. No admite que la Administración pueda justificar la modificación de la propuesta de resolución en la regulación recogida en el artículo 51.4 de la Ley de la Defensa de la Competencia ya que este precepto se está refiriendo a la modificación en la calificación jurídica pero no puede amparar la alteración de los hechos imputados. La mercantil recurrente incide al sostener que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, bajo el pretexto de una nueva calificación jurídica de los hechos, ha incurrido en una sustancial alteración de los hechos imputados que ha dado lugar a la vulneración del principio acusatorio y ha mermado sus posibilidades de defensa.

Insiste en que en el acuerdo de recalificación no se ha producido una recalificación jurídica de los hechos toda vez que no puede otorgarse dicha consideración a la determinación de un periodo temporal de duración de la infracción imputada más amplio que el contemplado en la Propuesta de Resolución. Ampliación sobre la que refiere que no ha habido investigación ni acto de instrucción alguno en el expediente sancionador. Esa ampliación del tiempo de duración del incumplimiento imputado es un hecho distinto que puede producir efectos jurídicos puesto que es evidente que cometer una infracción entre el 15 de diciembre de 2009 y el 28 de julio de 2013 -como se recogía en la propuesta de resolución- no es lo mismo que cometerla desde el 15 de diciembre de 2009 hasta la actualidad "sine die". De ello la actora concluye que el órgano decisor no ha realizado una calificación diferente de la propuesta realizada por el órgano instructor sino que ha alterado la base temporal que fundamentaba la incoación del expediente sancionador, introduciendo un nuevo periodo que no había sido objeto del mismo y ello significa, además, la alteración de los hechos imputados y recogidos en la propuesta de resolución.

Y añade que la nueva configuración de los hechos imputados produce materialmente indefensión. Porque la modificación de los hechos se ha basado en elementos nuevos extraídos por la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de otro procedimiento distinto al sancionador que ya había concluido y en el que el interesado nada podía ya probar ni alegar. Por todo ello, la mercantil recurrente concluye que los actos ahora impugnados suponen una modificación o revocación encubierta de la resolución de 20 de diciembre de 2013.

Y finaliza invocando la vulneración del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables por cuanto que de la Ley 11/2013 se aprecia la voluntad del legislador de exonerar de responsabilidad a los operadores y estaciones de servicio que son parte de los contratos de comisión por cuenta ajena. Y, sin embargo, la Sala de Competencia ha entendido que el incumplimiento imputado se ha producido también con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.



**TERCERO.** - Por su parte, el Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso contencioso administrativo. Niega que la Sala de Competencia de la CNMC haya introducido nuevos hechos en relación con los recogidos en la propuesta de resolución realizada por la Dirección de Competencia ya que la modificación temporal de la duración de los hechos supone únicamente una nueva calificación jurídica de los hechos y no la introducción de nuevos hechos por parte del órgano encargado de sancionar. Sostiene que es una estricta calificación jurídica de los hechos que, además, ya se habían acreditado y constatado en la resolución de 20 de diciembre de 2013 puesto que lo que se discute es si la conducta de la actora, una vez vigente la Ley 11/2013, sigue siendo contraria a las normas sobre competencia. Insiste en que no ha habido cambio en los hechos sino una distinta valoración jurídica de la conducta que determina la existencia de infracción hasta la actualidad, al no haber cesado en la misma la recurrente. Y además sostiene que no se ha causado indefensión ni ha existido vulneración del principio de retroactividad en la aplicación de normas sancionadoras más favorables.

**CUARTO.**- El Ministerio Fiscal sostiene igualmente la desestimación del presente recurso contencioso administrativo. Niega que la Sala de Competencia de la CNMC haya realizado una alteración sustancial de los hechos fijados por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución. Y ello porque ya la resolución de 20 de diciembre de 2013, que declaró el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009, determinó que el incumplimiento seguía y se mantenía tras la entrada en vigor de la Ley 11/2013. Asimismo niega que se haya producido una ampliación fáctica de los hechos analizados y consecuentemente susceptibles de imputación sino que simplemente se ha realizado un análisis o una recalificación sobre la consideración de los hechos después de la entrada en vigor de la Ley 11/2013.

**QUINTO.**- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen de las alegaciones de las partes y del expediente administrativo:

a) El 11 de julio de 2001 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia declaró en el expediente 490/00 que REPSOL había incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan con ella bajo un régimen de comisión o agencia. El TDC consideró aplicables las normas de competencia a más de 50 contratos de comisión por cuenta ajena de la red de estaciones de servicio de Repsol. Y también declaró que no podía continuar fijando el precio de venta de los productos como se establecía expresamente en esos contratos. La resolución referida de 11 de julio de 2001 es firme.

b) Repsol en virtud de la resolución de 11 de julio de 2001 modificó los contratos renunciando a sus derechos y eliminando las restricciones de la competencia que pudieran existir en las relaciones que se mantenían con las estaciones de servicio. Entre dichas modificaciones adoptadas por Repsol se confirmaba que todas las estaciones de servicio de la red de Repsol en régimen de comisión por cuenta ajena estaban expresamente facultadas para realizar descuentos sobre los precios máximos o recomendados por Repsol. Por ello el TDC mediante resolución de 17 de julio de 2006 declaró ejecutada y cumplida por Repsol la resolución de 11 de julio de 2001. La resolución de 17 de julio de 2006 también es firme.

c) La CNC en fecha 30 de julio de 2009 adoptó una resolución en el expediente 652/07 REPSOL, CEPESA, BP. En esa resolución se imputaba a cada uno de los operadores petrolíferos haber cometido una infracción de las normas de competencia, consistente en haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio. Y ello porque se entendió que un conjunto de actuaciones dispares entre si tenían por objeto desincentivar a las estaciones de servicios para que no redujeran el precio de venta de los combustibles con cargo a su comisión. Esta resolución se ha confirmado por el Tribunal Supremo mediante la sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2015 que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria dictada por esta misma Sección en fecha 5 de noviembre de 2012.

d) Posteriormente con fecha 19 de diciembre de 2012 se notificó por la Dirección de Investigación una propuesta de informe parcial de vigilancia. Se proponía al Consejo que Repsol y los demás operadores habían incumplido parcialmente la resolución de 30 de julio de 2009. La DI entendía que en la resolución de 30 de julio de 2009 en su dispositivo tercero se contenía una obligación de hacer de los operadores por la que debían haber procedido a la modificación o novación contractual unilateral de los contratos de comisión por cuenta ajena relativa a los contratos de suministro en exclusiva de carburante CoDo y DoDo. Repsol afirma que las estaciones de servicio con contrato vigente de tipo CoDo bajo la modalidad de comisión por cuenta ajena están expresamente exentas de la aplicación de las medidas establecidas en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Y que solo los contratos DoDo de comisión por cuenta ajena se veían afectados por las limitaciones establecidas en el nuevo artículo 43 bis de la Ley de Hidrocarburos. Según refiere Repsol tampoco se aplica a los contratos vigentes en los que el operador tenga con las estaciones de servicio un contrato de arrendamiento de los locales o terrenos o el operador ostente un derecho real limitado respecto a terceros.



e) La CNMC adoptó en fecha 20 de diciembre de 2013 una resolución en el expediente de vigilancia VS/652/07 que declaraba el incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009, en particular su dispositivo tercero. Y se ordenaba a los operadores a adoptar las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante atiende a criterios objetivos en todos los contratos de comisión por cuenta ajena vigentes, incluyendo los contratos CoDo excepcionados por la Ley 11/2013. Y, además, en dicha resolución se ordenaba la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados e instaba a la DC para que vigilara el cumplimiento de esta resolución de 20 de diciembre de 2013.

f) Y en cumplimiento de la resolución de 20 de diciembre de 2013, la DC requirió a Repsol una información cuyo objeto era la vigilancia de la resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013. Frente a la citada resolución de 20 de diciembre de 2013, REPSOL ha interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Sección 6ª de la Audiencia Nacional que se tramita con el nº 82/2014.

g) Y en cumplimiento de lo ordenado por la resolución de 20 de diciembre de 2013 (expediente SNC/0032/13 contra Repsol por incumplimiento parcial de la resolución de 30 de julio de 2009) se acordó la incoación del expediente sancionador en el que se dictó por la Dirección de Competencia propuesta de resolución con el siguiente contenido:

*"Primero. Que por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se declare que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009, dictada en el expediente sancionador 652/07 REPSOL-CEPSA-BP, lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .*

*Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.*

*Tercero. Que el incumplimiento reseñado abarca el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, fecha en la que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y por tanto resulta ejecutivo, hasta el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.*

*Cuarto. Que a la hora de cuantificar la sanción económica correspondiente, se tenga en cuenta el periodo de tiempo durante el que se ha mantenido una infracción que, como se ha expuesto anteriormente, no ofrecía lugar a interpretaciones por parte de la imputada".*

**SEXTO.-** Centrado el objeto de debate debemos destacar que el recurrente ha impugnado las actuaciones administrativas relacionadas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona lo que supone que el debate sobre la legalidad de las resoluciones impugnadas únicamente pueda realizarse desde la perspectiva de la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el recurrente y se deja al margen del análisis en este proceso cuestiones de legalidad ordinaria que se debatirán en los oportunos procesos ordinarios que la mercantil recurrente ya tiene interpuestos.

La cuestión que debemos dilucidar es si la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución en cuanto que, según entiende la recurrente, ha realizado una alteración sustancial de los hechos y de la imputación efectuada por la Dirección de Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

La CNMC niega que se haya vulnerado el principio acusatorio. Y justifica dicha afirmación destacando que lo único que ha realizado ha sido una nueva calificación jurídica de los hechos ya examinados en la propuesta de resolución y, por tanto, ya conocidos por el interesado. Y se apoya en lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007 que dispone que:

*" 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 esta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas".*

La CNMC sostiene que como realizó una nueva calificación jurídica de los hechos y, para evitar que se vulnerase el principio de contradicción, dio traslado de la nueva recalificación jurídica tanto a la Dirección de Competencia como al interesado para que pudieran efectuar alegaciones.

Es cierto que en este caso el principio de contradicción se ha respetado por la Sala de la Competencia de la CNM por cuanto otorgó trámite de alegaciones de la nueva calificación. Pero el derecho de defensa puede verse también afectado si el principio acusatorio no se ha respetado de tal modo que se entiende que se



causa indefensión si se modifican los hechos tenidos en cuenta en la propuesta de resolución para justificar la imputación.

La propia mercantil recurrente reconduce la alegación de vulneración del principio acusatorio a la siguiente modificación. Entiende que la Sala de Competencia de la CNMC ha modificado la propuesta realizada por la Dirección de Competencia al considerar que la duración de la infracción objeto del expediente sancionador no finalizaba el 28 de julio de 2013 (fecha en la que entró en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo) sino que la Sala de Competencia entendió que la duración temporal de los hechos imputados al recurrente no se veían limitados por la entrada en vigor de la Ley 11/2013 sino que se mantenían hasta la actualidad "sine die".

No se ignora por ninguna de las partes la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de aplicar las garantías del artículo 24 de la CE al procedimiento administrativo sancionador. Entre dichas sentencias destacamos el F.J. Tercero de la Sentencia del TC nº 35/2006, de 13 de febrero, que dispuso:

*"Examinada, pues, la queja del recurrente desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2), debemos asimismo recordar que desde la STC 18/1981, de 8 de junio, hemos reconocido que las garantías anudadas al derecho al proceso equitativo se aplican al procedimiento administrativo sancionador, si bien con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (doctrina reiterada, entre otras muchas, en SSTC 7/1998, de 13 de enero; 14/1999, de 22 de febrero y 2/2003, de 16 de enero. Entre estas garantías trasladables al procedimiento administrativo sancionador hemos incluido específicamente el derecho a ser informado de la acusación, esto es, el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el expedientado y el consiguiente derecho a la inalterabilidad de los hechos esenciales objeto de acusación y sanción ( SSTC 44/1983, de 24 de mayo; 28/1989, de 6 de febrero; 297/1993, de 18 de octubre; 160/1994, de 23 de mayo; 120/1996, de 8 de julio; 169/1998, de 21 de julio; 117/2002, de 20 de mayo; y 205/2003, de 1 de diciembre )".*

Es este también el criterio seguido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias destacándose la sentencia dictada en fecha 21 de febrero de 2006, recurso 3754/2006, que con relación a los principios que rigen en el procedimiento penal y que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador dispuso:

*"La potestad sancionadora de la Administración, que constituye una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, según contempla el artículo 25 de la Constitución, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto del principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que se proyecta en el reconocimiento, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva, y del derecho a un proceso con todas las garantías que garantiza el artículo 24 de la Constitución, del derecho subjetivo de que nadie puede ser sancionado sino en los casos legalmente previstos y por las autoridades administrativas que tengan atribuida por Ley esta competencia sancionadora y a través del procedimiento en que se respeten plenamente el derecho de defensa, el derecho de ser informado de la acusación y el derecho a la presunción de inocencia.*

*Los principios inspiradores del orden penal referidos en el artículo 25 de la Constitución y las garantías procesales consagradas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables con matices en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, según advierte el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia ( STC 18/1981 ), exigiendo que se respete, según se afirma en la sentencia 77/1983 : "a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.».*

*Las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de*



*contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, F. 3) ». El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora...".*

*Por lo que respecta a la doctrina constitucional atinente al derecho fundamental a ser informado de la acusación, proclamado en el art. 24.2 CE, el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en el contenido normativo complejo que encierra, pues junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del «ius puniendo» del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse (por todas, SSTC 19/2000, de 31 de enero y 278/2000, de 27 de noviembre). Según la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 302/2000 es posible el apartamiento de las calificaciones que constituyen la acusación siempre que confluyan dos condiciones: la identidad del hecho que se va a sancionar objeto de acusación y resolución, en el sentido de que el mismo hecho descrito en la acusación, debatido en el procedimiento administrativo, y declarado probado, constituya el supuesto factico de la nueva calificación; y la homogeneidad de las infracciones, es decir, que tengan la misma naturaleza, pues el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo. Y como se recoge en el F.J. nº 4 de la STC 134/1986 la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión "que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezca inalterable".*

**SÉPTIMO.-** Las partes enfrentadas en este proceso están de acuerdo en que la modificación efectuada por la Sala de Competencia en relación con la propuesta de resolución efectuada por la Dirección de Competencia ha sido únicamente la determinación de la duración temporal de los hechos imputados en el procedimiento sancionador SNC/0030/13. Y corresponde ahora a esta Sección determinar la naturaleza jurídica de esa modificación temporal. Según la mercantil recurrente se trata de una modificación sustancial de los hechos por parte de la Sala de Competencia que vulnera el principio acusatorio aludido; y según la Administración no es una modificación de los hechos puesto que permanecen inalterables sino que se trata de una nueva calificación jurídica de los hechos que ni siquiera ha afectado a la gravedad de la infracción imputada en la propuesta de resolución.

Es conveniente destacar el acuerdo de la propuesta de resolución así como el acuerdo de la Sala de Competencia ahora impugnado para apreciar el sentido de la modificación señalada. Así en la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia se propone que se declare que Repsol Comercial de Productos Petrolíferos ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la resolución de 30 de julio de 2009 dictada en el expediente sancionador 652/07 lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Y se añade que ese incumplimiento abarca desde el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2009, fecha en la que la Audiencia Nacional deniega la suspensión del dispositivo tercero de la Resolución de 30 de julio de 2009 y por tanto resulta ejecutivo, hasta el 28 de julio de 2013, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo.

Por su parte, la Sala de Competencia en la resolución de 18 de diciembre de 2014 acuerda: "*Modificar la calificación propuesta por la Dirección de Competencia, por considerar que la duración de la infracción objeto de este expediente, no finalizaba el 28 de julio de 2013 (fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo) sino que se mantiene hasta la actualidad*".

Esta Sección anticipa que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia no ha vulnerado las garantías constitucionales recogidas en el artículo 24 de la CE y entre ellas



el derecho del imputado a ser informado de la acusación para poder así defenderse adecuadamente. No es correcta la afirmación de que la Sala de Competencia de la CNMC ha alterado los hechos incluidos por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución; se mantienen los hechos imputados así como su calificación jurídica como infracción muy grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La única variación ha sido la de entender, por parte de la Sala de Competencia, que la duración del incumplimiento imputado no finalizaba con la entrada en vigor de la Ley 11/2013. Modificación que ha supuesto realizar una valoración e interpretación jurídica distinta sobre los efectos temporales que ha producido la entrada en vigor de la Ley 11/2013 en relación con la materia examinada de fijación de precios de adquisición/cesión del combustible en función del precio máximo/recomendado comunicado a la EESS. Y aunque es cierto que esa diferente interpretación ha supuesto una ampliación en el periodo temporal de duración de la comisión del incumplimiento imputado, no debemos obviar que ello se ha debido a una discrepancia jurídica entre la Dirección de Competencia y la Sala de Competencia sobre los efectos temporales y sustanciales que en los incumplimientos imputados ha supuesto la entrada en vigor de la citada Ley 11/2013. Y esa diferencia interpretativa entre ambos órganos sobre cuáles son las consecuencias y que efectos temporales ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 11/2013 sobre los llamados contratos CoDo y DoDo no puede asimilarse a una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución; por el contrario, lo que ha supuesto es una modificación de la calificación jurídica de los hechos que ya constaban en el expediente sancionador. Y esa modificación en ningún caso ha supuesto una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución ni tampoco esa modificación ha supuesto que se estén imputando hechos nuevos no recogidos en el expediente como así afirma el recurrente. En este sentido debemos destacar que ya en la propuesta de resolución consta que se analizan los efectos que produjeron las medidas regulatorias adoptadas en la Ley 11/2013 a los efectos precisamente de determinar la duración temporal de los incumplimientos imputados a la mercantil recurrente. Por tanto, al recurrente no solo no le eran ajenas las diferencias interpretativas sobre la Ley 11/2013 sino que, además, desde el momento en que se está ante una diferente interpretación jurídica sobre los efectos de la referida Ley, difícilmente puede encajar en el concepto de alteración sustancial de los hechos fijados por parte del órgano instructor. En consecuencia, la Sala de Competencia en la resolución impugnada ni ha introducido nuevos datos facticos ni tampoco la modificación temporal examinada ha supuesto un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos realizados por la Dirección de Competencia. Y ello sin perjuicio de que en el recurso contencioso administrativo que se interponga frente a la resolución que ponga fin al expediente sancionador se analice por este Tribunal de Justicia si efectivamente es ajustada a derecho la interpretación jurídica sobre los efectos que, en la conducta imputada a la recurrente, han supuesto las medidas recogidas en la Ley 11/2013.

Es este, además, el criterio que ha seguido el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 30 de enero de 2012 por la que se confirma en casación la sentencia dictada por esa misma Sección en fecha 2 de julio de 2009 desestimatoria del recurso contencioso administrativo nº 166/2007 interpuesto por la mercantil Iberdrola Generación, S.A.U. Dichas sentencias entienden que no se ha vulnerado el principio acusatorio previsto en el artículo 24 de la Constitución porque el Tribunal de Defensa de la Competencia no había efectuado una alteración sustancial de la imputación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, por cuanto entienden dichas sentencias que no se están incorporando hechos nuevos cuando por el Tribunal de Defensa de la Competencia se amplía tanto el número de centrales eléctricas como el período de tiempo. Dichas sentencias analizan precisamente la alegación de la recurrente en dichos procesos que entendía que la duración de una conducta es, en sí misma, un hecho. Alegación que coincide con la realizada en este proceso por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos. Y el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 30 de enero de 2012, que rechaza el recurso de casación, afirma:

*"Frente a las afirmaciones de la empresa mercantil recurrente, la Sentencia de la Audiencia Nacional ha valorado acertadamente la validez de la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, hemos de dar la razón al Abogado del Estado y rechazar que se haya producido una alteración del procedimiento sancionador contraria a derecho y que se hayan conculcado los derechos de defensa de la sociedad sancionada.*

*En efecto, en síntesis, la argumentación de la parte implica que la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción -en el caso, para el Servicio, precios excesivos en dos centrales, uno por central-, de tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable -que en el presente supuesto no ha sido alterado, pues en ambos casos ha sido el de abuso de posición dominante-, pero no en lo que respecta a tales hechos, con independencia del conjunto de hechos y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Sin embargo, ni la concreta regulación legal del procedimiento sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia ni los principios constitucionales relativos al principio acusatorio y al derecho de defensa avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador.*



....

Finalmente, y como se recuerda en la Sentencia de instancia, esta Sala, en la Sentencia de 21 de febrero de 2.006 (RC 1.451/2.002), concretamente referida al procedimiento sancionador regulado en la misma Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, en doctrina luego reiterada en posteriores sentencias de 21 de febrero de 2.006 - RC 3.754/2.003-, de 18 de mayo de 2.006 - RC 6.948/2.003 - y de 27 de febrero de 2.007 - RC 7.130/2.005 -, ha señalado lo siguiente:

"SEGUNDO.- Sobre las cuestiones jurídicas comunes a los recursos de casación derivados de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1.997.

En el examen conjunto de los distintos recursos interpuestos por diversas empresas contra la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, esta Sala ha establecido los siguientes criterios de general aplicación, que permiten rechazar varios motivos del escrito de interposición.

[...]

La censura se expresa en un doble sentido. Por un lado el Tribunal de Defensa de la Competencia habría ejercido facultades instructoras al ordenar que se incorporasen al expediente determinados documentos relevantes; por otro, éstos se referían a hechos distintos de los delimitados en el periodo de instrucción.

Antes de examinar con mayor detenimiento la cuestión debemos recordar que, siendo cierto que el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo está sujeto también al principio de separación entre los órganos instructores y los órganos que resuelven, ello ha de entenderse (según había afirmado este Tribunal Supremo con reiteración, ratifica la sentencia constitucional de 8 de junio de 1.981 y asume la Ley 30/1992) en términos adecuados a la naturaleza administrativa, no judicial, de aquéllos.

Los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

...

Examinando el supuesto en cuestión nos encontramos con que las conductas denunciadas por la Comisión Nacional de la Energía (puntos 1 y 3 de los antecedentes de hecho de la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2.007) e investigadas por el Servicio incluidas por éste en el pliego de concreción de hechos -puntos 1 a 5- (punto 5 de los antecedentes de hecho de la citada resolución) son la oferta al mercado diario por parte de las centrales de Castellón 3 y Escobreras 4 y 5 de energía eléctrica a precios excesivamente altos durante los periodos ya mencionados de 2.002 y 2.003, con el objetivo aparente de que no fuesen casadas en dicho mercado y que fuesen requeridas luego en la fase de restricciones técnicas. Así pues, tanto la conducta específica y concreta que el Servicio consideró sancionable como abuso de posición dominante (dos días de dos centrales) como la que el Tribunal subsumió en el mismo tipo infractor (amplios periodos de tiempo de tres centrales) están comprendidas en las conductas denunciadas, investigadas y descritas en el pliego de concreción de hechos, sobre las que la recurrente alegó tanto antes como después de la nueva calificación efectuada por el Tribunal.

En definitiva, es preciso concluir que la nueva calificación contemplada por el artículo 43.1 de la Ley de Defensa de la Competencia puede incluir, como efectivamente ocurrió en el presente supuesto, una distinta selección de hechos entre las mismas conductas inicialmente sospechosas de ser antijurídicas, sometidas al expediente sancionador y efectivamente investigadas. Por último, la imputación efectuada en ambos momentos es la misma, aunque con referencia a periodos distintos e incluyendo también la central de Escobreras 5, la oferta a precios excesivos en los días o en los periodos a que se ha hecho referencia. Y aunque al circunscribir la imputación a sólo dos días el Servicio la formula como abuso de su posición de dominio "en un contexto de restricciones técnicas en la zona de Levante durante los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2.003, mediante la aplicación de precios abusivos", del pliego de concreción de hechos se deriva inequívocamente que el Servicio atribuía dicha conducta abusiva a la finalidad de que su oferta no resultase casada y las centrales de referencia fueran llamadas a solventar las restricciones técnicas.



*Cabe concluir, por tanto, que ni hubo infracción del principio acusatorio ni se produjo la menor indefensión. En efecto, la operadora eléctrica sancionada conoció en todo momento la imputación efectuada, la cual versó tanto por parte del Servicio como por parte del Tribunal sobre las mismas conductas, y pudo alegar y defenderse antes y después de la modificación de la imputación efectuada por el Tribunal y, en fin, sin que dicha modificación supusiera un cambio sobre las conductas investigadas en el expediente y sobre las que desde el comienzo de la instrucción había alegado. No hubo nada pues, en conclusión, de cambios sorpresivos de imputación ni de imposibilidad de modificar la defensa ante una nueva imputación, como sostiene la parte recurrente".*

**OCTAVO.**- La mercantil recurrente afirma que se ha vulnerado el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables porque entiende que la Ley 11/2013 ha supuesto una "despenalización" de la conducta sancionada. No se está en este caso ante una norma sancionadora posterior que sea más favorable para el interesado puesto que la Ley 11/2013 no tiene esa consideración ni tampoco ha supuesto la "despenalización" de las conductas imputadas a la recurrente. Lo que se discute es que tipo de contrato se ve afectado con la modificación del artículo 43 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos introducido por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de creación de empleo. Y ello es una cuestión de legalidad ordinaria que se analizará en el proceso ordinario correspondiente en el que se examinará en que medida la entrada en vigor de la Ley 11/2013 puede afectar e influir en la determinación del periodo temporal de duración del incumplimiento imputado a la recurrente.

Toda vez que se han rechazado todas las alegaciones formuladas por la recurrente frente a los actos administrativos impugnados ello debe determinar la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a ellos.

**NOVENO.** - Por todo lo anteriormente razonado procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo lo cual implica que se impongan a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo nº 1/2015 tramitado como procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. **Teresa Robledo Machuca**, en nombre y en representación de la mercantil "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.", contra el Acuerdo de Recalificación dictado en el expediente sancionador SNC/0032/13 de 18 de diciembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y contra el Acuerdo de Requerimiento de Información adoptado en la misma fecha y en el mismo expediente sancionador y, en consecuencia, se confirman por ser ajustados a derecho.

Se imponen a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que la presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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 21/11/2016 doy fe.