



Roj: **SAN 3367/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3367**

Id Cendoj: **28079230062017100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **100/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000100 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01204/2014

Demandante: EUROPCAR IB S.A.

Procurador: DÑA. NIEVES PIÑUELA GOMEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **100/2014**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. NIEVES PIÑUELA GOMEZ, en nombre y en representación de EUROPCAR IB S.A., contra Resolución de fecha 2 de Enero de 2014 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el Expediente Sancionador S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, instruido por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas ex Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; ex Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , en relación y concordancia con los dispuesto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de



la Competencia; y ex Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . La resolución recurrida impone a la recurrente una multa por importe de 862.793 euros.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

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 se dicte sentencia por la que se estime su demanda anulando la resolución recurrida y, subsidiariamente, se reduzca sustancialmente el importe de la multa.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista o conclusiones se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 7 de Junio de 2017, designándose ponente al Ilmo . Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de fecha 2 de Enero de 2014 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el Expediente Sancionador S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, instruido por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas ex Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; ex Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , en relación y concordancia con lo dispuesto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia; y ex Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La resolución recurrida, en cuanto a los hechos probados, y tras detallar cuales son las 30 partes interesadas, se refiere a que el mercado relevante es el de alquiler a corto plazo de coches sin conductor debiendo partir de la base de la existencia de una segmentación del mercado en relación a la comercialización de oficinas sitas en los aeropuertos.

Partiendo de la denuncia de SOLMAR de fecha 1 de Agosto de 2011, se constató la existencia de informes remitidos, (1) con carácter mensual por AENA hasta el 8 de Junio del 2011; (2) por AENA AEROPUERTOS a partir de dicha fecha; y (3) a empresas de alquiler de coches concesionarias en aeropuertos, que contendrían información comercialmente sensible de cada una de ellas que, con la intermediación de AENA y AENA AEROPUERTOS, es compartida posteriormente por todas y cada una de ellas.

La hoy extinta Dirección de Investigación, requirió a AENA para aportar documentación al respecto, lo que hizo y obra a los Folios 38 a 1165 y 6386 a 6497) en los que consta suficientemente probado "la remisión de informes conteniendo la facturación mensual y el número de contratos suscritos por dichas empresas, con periodicidad mensual y carácter desagregado". Haciéndolo también la totalidad de empresas inspeccionadas (Folios 4465 a 5229; 1401 a 1425; 2637 a 2651 y 8539 a 8552; 5701 a 5824; 1551 a 1558; 1559 a 1579; 1590 a 2373; 2374 a 2625; 2652 a 2659; 2660 a 2674; 2675 a 3616; 3617 a 3764; 3765 a 4464; 5230 a 5486; 5500 a 5692; 5825 a 6035; 6036 a 6097; y 6098 a 6155).

Es altamente significativo que la remisión de y para la ocupación de plazas, en orden a su reserva de sitio y plazas, tenía una periodicidad mensual y no anual.

Debiendo concluirse que de los documentos recabados, así como los requeridos a las partes y los aportados por las mismas, prueban fehacientemente que las conductas imputadas conforman un todo armónico, único e inseparable.

Item más, es altamente significativo que las dos citadas circunstancias condicionantes de estas conductas: necesidad y periodicidad, vienen cualificadas probatoriamente hablando, en tanto que la totalidad de las empresas investigadas e imputadas solicitan la confidencialidad de la documentación aportada.

Y no sólo eso, asumen la realización de las conductas prohibidas que se les imputan, si bien cuestionan "la existencia de una infracción única y continuada" entendiéndola más bien como "la existencia de concretas y aisladas acciones" y por tanto "la duración de la infracción: 1996 (inicio) y 2012 (finalización)".



A la vista de lo actuado y de conformidad con lo prevenido en el Artículo 33.1 del Real Decreto 262/2008, de 22 de Febrero "se considera que el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, arrendatarias de espacios comerciales en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1996 hasta el 5 de Septiembre del 2012, constituye una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Tras delimitar el periodo temporal de las conductas se añade que "los intercambios de información comercialmente sensibles (objeto de la investigación) tenían no sólo aptitud para reducir la independencia en la toma de decisiones de las empresas de alquiler de coches imputadas, eliminando la incertidumbre y restringiendo la competencia, sino que su práctica entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales, desde el 19 de Abril de 1996 hasta el 5 de Septiembre del 2012, con la colaboración necesaria de AENA y a partir del 8 de Junio del 2011 de AENA AEROPUERTOS permitió a las entidades imputadas debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado afectado, dando lugar a un resultado colusorio".

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

Tras hacer referencia al expediente 380/2011, la resolución recurrida entiende que ambos conforman el mismo mercado y debieron ser instruidos en conjunto y no separadamente. Entiende que en este caso se ha producido una colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS por lo que se acuerda a los órganos de dirección de las mismas de la necesidad de depurar cuantas responsabilidades se han producido, abriendo cuantas diligencias o expedientes de responsabilidad depuradores de conductas sean necesarios, pues entendemos que la decisión de constituirse en cabecera del cártel no fue una decisión propia, sino impropia asumida por persona o personas concretas, a determinar.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se dio respuesta a las alegaciones formales planteadas por las partes:

- Vulneración del derecho a la defensa por no haber tenido tiempo a acceder al expediente.
- Delimitación del mercado y afectación comunitaria
- Duración de la infracción.
- Confianza legítima
- Cooperación necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS.
- Circunstancias agravantes y atenuantes.

En cuanto a la fijación del importe de la sanción, parte de que la conducta debe ser considerada como muy grave y que la fijación del importe de la multa debe realizarse según los criterios que hizo constar en la resolución para cada una de las empresas sancionadas.

SEGUNDO .- La parte recurrente fundamenta su pretensión anulatoria de la resolución recurrida en que la empresa recurrente obraba en cumplimiento de los pliegos reguladores de las concesiones de dominio público otorgadas a las empresas de vehículos de alquiler situadas en el demanio aeroportuario; también considera que la información intercambiada era información pasada y, por lo tanto, sin relevancia estratégica alguna por lo que no es cierto que la conducta fuera subsumible en un cártel y que tal conclusión resulta, también, de la resolución de fecha 30 de julio de 2013, relacionada con estos hechos y en la que no se sancionó a la ahora recurrente. Expresamente, utiliza los siguientes motivos de anulación de la resolución:

Los intercambios de información podrían ser "infracciones por objeto" o "infracciones por efecto" y atendiendo a la antigüedad de la información, el intercambio de información no puede ser una infracción por objeto como la que se sanciona y la prueba pericial practicada acredita que la información intercambiada era histórica y de carácter obsoleto que no impedía que desapareciera la incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado.



La información intercambiada no era estratégica en relación a las condiciones y funcionamiento de los competidores y, además, se trataba de una información no relevante puesto que suele aparecer en las páginas web de las empresas sancionadas y, además, no revelaba ningún dato no público en relación a la cuota de mercado y el dato general de la facturación agregada de cada empresa no aportaba información que permita calificar la infracción "por objeto". Entiende que la resolución no analiza el efecto que el intercambio de información podría suponer.

Considera, basándose también en este punto en el Informe Pericial, que no se ha probado que se hubiera producido ninguna clase de efectos restrictivos en la competencia consecuencia del intercambio de información.

En segundo lugar afirma que la subsunción del intercambio de información que se sanciona en un cártel previamente declarado en la resolución de 30 de Julio de 2013 es arbitrario; la resolución entiende que se trata de un mismo mercado relevante pero tal cosa no permite hablar de que se trate de una infracción única y continuada y la empresa ahora recurrente no intervino en aquel procedimiento sancionador y no puede entenderse, ahora, que esté integrada en un cártel anterior.

La conducta no es antijurídica y ello puesto que derivaba del cumplimiento de la cláusula obligatoria predispuesta por la Administración consecuencia de la relación concesional establecida entre AENA y los concesionarios y ello obligaría a aplicar el artículo 4.1 de la LDC que excluye de la posibilidad de sancionar una actuación amparada por otra norma. Entiende que las relaciones entre AENA y la recurrente han sido relaciones administrativas durante casi todo el periodo objeto de sanción hasta la creación (por el RD Ley 13/2010) de la Sociedad Mercantil Aena Aeropuertos y ello sin perjuicio de que se hubiera debido cambiar el régimen jurídico de concesiones administrativas a arrendamiento.

Insiste, en este sentido, la recurrente, que estaba obligada a cumplir las obligaciones que le venían impuestas por la concesión (ni del contrato de arrendamiento una vez que se transforma por aplicación del citado RD Ley 13/2010)

También se alega la falta de culpabilidad en el comportamiento de la empresa ahora recurrente derivada de su convencimiento de que la conducta desplegada por la Administración era conforme al ordenamiento por entender que procedía del cumplimiento de los pliegos concesionales. Además, entendía que la publicación de datos semejantes por parte de los supervisores en otros sectores del ordenamiento es una práctica habitual por lo que consideraba que ninguna infracción se estaba cometiendo. Considera que no actuó con intención de incumplir las normas ni tampoco realizando una interpretación irrazonable de la norma.

Alega la falta de proporcionalidad de la sanción que se ha basado en la duración de la conducta y la dimensión del mercado pero no se ha justificado que se haya realizado todos los días en todos los aeropuertos afectados. También entiende que no se ha justificado nada sobre los efectos que se hayan podido producir sobre los consumidores ni que se haya producido ningún beneficio a la recurrente y que debe atenuarse la responsabilidad sobre la base de la intensa actuación administrativa.

Se refiere expresamente en el escrito de demanda a la improcedente subsunción de la conducta en un Cártel previamente sancionado por entender que tal circunstancia ocasiona indefensión. Entiende que se ha producido una modificación de la propuesta de resolución y una modificación en la calificación de los hechos sin que se abriera el oportuno trámite de audiencia.

Por último, se alega la improcedencia de la publicación de la parte dispositiva de la resolución en dos diarios de información nacional que infringe la doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en la sentencia dictada en el recurso 607/2009 .

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante un escrito en el que, en primer lugar, hizo referencia a la naturaleza jurídica de AENA y de AENA AEROPUERTOS, que se sucedieron consecuencia del RD Ley 13/2010 y que dio lugar a que las concesiones demaniales otorgadas por AENA sobre bienes de dominio aeroportuario se transformaran en contratos de arrendamiento.

En el pliego de condiciones se establece dos informes que debían ser remitidos a AENA (y luego AENA AEROPUERTOS), uno mensual y otro anual:

- Informe mensual con nombre del concesionario, mes y facturación antes y después de aplicar el IVA, facturación por día y listado completo de contrato con su fecha y claves y número total de clientes. Esta información se dice en la Cláusula 9 del contrato de concesión que es confidencial y que no se transmitirá a terceras personas sin consentimiento del concesionario. Para la distribución anual de plazas, se afirma que serán públicos los datos referidos a facturaciones mensuales declaradas por cada concesionario.

- Informe anual, a entrega en los 15 primeros días de cada año con los mismos conceptos que el informe mensual.

Sin embargo consta acreditado que AENA (y AENA AEROPUERTOS) remitía un Informe anual y agregado enviado a las empresas de alquiler de vehículos que se ajustaba a lo que decían los Pliegos de la concesión y, además, otros informes de carácter mensual y desagregado que contenía tanto el número de contratos de cada empresa de alquiler, el volumen de facturación y, a veces, información desagregada como el caculo de la cuota de mercado de cada empresa. Entiende el Abogado del Estado que esta información desagregada relativa al número de contratos y a la facturación no se ha realizado en cumplimiento de las condiciones de los pliegos con el fin de otorgar transparencia a la asignación anual de plazas.

Considera que no había obligación por parte de las empresas de alquiler de vehículos sin conductor de intercambiar la información a la que se refiere el expediente sancionador y que el objetivo de dicho intercambio no era la mayor transparencia en la adjudicación de plazas y que el intercambio de información desagregada de facturación y número de contratos solo tiene por finalidad calcular la cuota de mercado de cada competidor en cada aeropuerto.

En cuanto a la cuestión de la vulneración del derecho a la defensa por la improcedente subsunción del intercambio de información en un cártel previamente declarado en otra resolución, el Sr. Abogado del Estado afirma que no se ha producido ninguna forma de indefensión y ello puesto que la parte ahora actora ha podido efectuar las alegaciones que le han convenido en todo momento y no ha sufrido ninguna indefensión porque no se haya integrado este acto en el Expediente de coches de alquiler.

En cuanto a la tipicidad de la conducta, el Abogado del Estado en el escrito de contestación considera que el intercambio de información comercialmente sensible era la de tener conocimiento preciso de las empresas competidoras de alquiler de coches y ello al intercambiarse información desagregada y ello, además, porque la información se transmitía de modo mensual y con muy escasa antigüedad de los datos (a mes vencido) y que, de este modo, se produjo la obtención de beneficios ilícitos puesto que les permitía una estabilidad respecto del mercado afectado.

También rechaza el Abogado del Estado el argumento de la vulneración del principio de confianza legítima (que debe ser interpretado restrictivamente y dentro del ámbito de la legalidad) y de culpabilidad

Por lo que se refiere a la incorrecta cuantificación de la sanción, entiende que los criterios de la duración de la conducta y los aeropuertos afectados no son los únicos que se emplean por la resolución recurrida para fijar el importe de la multa.

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

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

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

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



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

a) [...] En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, 14/1999, de 22 de febrero, SSTC 81/2000, de 27 de marzo, y 9/2003, de 20 de enero, por sólo citar alguna de las sentencias recientes).

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

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

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

También en el Derecho de la Unión Europea, para garantizar el derecho fundamental de defensa, se exige igualmente que la acusación formulada contra una persona, sea física o jurídica, contenga una descripción clara de los hechos que se le reprochan y la calificación que se da a tales hechos a fin de presentar las oportunas alegaciones. Así, y en relación a la imposición de una multa a una empresa en el ámbito precisamente de la Competencia la STPI de 18 de junio de 2008, declaraba:

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

422 Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho, y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como



la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». A! actuar así; la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad que se les imponga una multa(sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 344 supra. apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T 23/99, Rec. p. II 1705, apartado 199, y la jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p 1825, apartado 21)."

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

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

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

Por ello debemos concluir que el derecho de defensa de la actora ha sido conculcado en dicho procedimiento sin que haya existido mínima culpa de la recurrente en la indefensión producida pues, en efecto, ésta no tenía que defenderse nada más que de los hechos que se le imputaban y de la calificación jurídica que de la misma hacía la Dirección de Investigación, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de "todo", ni puede decirse que acepte "todo" aquello de lo que no se defiende.

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

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

En este caso la Resolución del Consejo de la CNC no sigue lo previsto en las antecitadas normas y dicta una resolución que, en realidad, modifica, en perjuicio de la actora, la infracción imputada, sin mediar la realización de práctica de prueba distinta y adicional, salvo la mera declaración de que la conducta debió subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones.

Es claro que el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de la calificación previa que había motivado la incoación el expediente sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, entendía que la actuación era algo más que un intercambio de información, debería



haber oído al respecto a la parte afectada y al no haberlo hecho así vulneró el derecho de defensa de la actora, procediendo declarar la nulidad de la Resolución impugnada.

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

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

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

FALLO

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

La presente sentencia 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.

PU BLICACIÓN. - 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 26/07/2017 doy fe.