



Roj: **SAN 3365/2017 - ECLI: ES:AN:2017:3365**

Id Cendoj: **28079230062017100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **71/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000071 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00898/2014

Demandante: CANARY ISLANDS CAR, S.L. Y DE GRUPO EMPRESARIAL CABRERA MEDINA, S.L.

Procurador: D. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SPECIAL PRICES AUTO REISEN, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 71/14 promovido por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, actuando en nombre y representación de CANARY ISLANDS CAR, S.L. y de GRUPO EMPRESARIAL CABRERA MEDINA, S.L. contra la resolución de 2 de enero de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual, en el expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA se le impuso una sanción de multa de 128.909 € euros por la comisión de una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante,



Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1999 hasta el 5 de Septiembre del 2012.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandada ha comparecido la Procuradora Dña. Inés Tascón Herrero que actúa en representación de la entidad SPECIAL PRICES AUTO REISEN, S.L.

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 de ésta Sala:

"se dicte sentencia estimatoria por la que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, subsidiariamente, la anule, todo ello en lo que, al menos, afecte a mis representadas, anulando en consecuencia la sanción a ellas impuesta, con condena en costas 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 7 de junio de 2017 continuándose la deliberación el día 19 de julio de 2017.

Siendo ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 2 de enero de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual, en el expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA se le impuso una sanción de multa de 128.909 € euros por la comisión de una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1999 hasta el 5 de Septiembre del 2012.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/0404/12 Servicios Comerciales AENA ", era del siguiente tenor literal:

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

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

CANARY ISLANDS

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas.

CANARY ISLANDS 128.909 euros

....

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

SEGUNDO.- Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1 . La extinta Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia inició una *información reservada S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.*

La información reservada traía *causa* en las inspecciones llevadas a cabo los días 26 de Octubre del 2011 y 11 de Enero del 2012, en diversas empresas y asociaciones en el sector del mercado de alquiler de coches sin conductor, en el marco del *Expediente S/0380/11 Coches de alquiler.*

2. La extinta Dirección de Investigación, con fecha 13 de Febrero del 2012 *notificó a AENA el acuerdo de deducción de testimonio de particulares*, por el que *"disponía la incorporación al expediente de referencia de documentación obrante en el Expediente S/0380/11 y se le concedía un plazo de cinco días para manifestar alegaciones al respecto y solicitar, en su caso, el carácter confidencial de aquellos documentos que considerara oportunos, aportando la versión censurada de los mismos"* (Folios 2 a 436)

3. La Dirección de Investigación, con fecha 24 de Febrero del 2012 y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , *acordó y notificó la incoación de expediente sancionador contra AENA (S/0404/12 Servicios Comerciales AENA)* por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Folios 442 a 447).

4.- La extinta Dirección de Investigación, con fecha 10 de Abril del 2012, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 29 del Real Decreto 261/2008 *acordó y notificó la ampliación del acuerdo de incoación del Expediente Sancionador S/0404/12* a las siguientes empresas: (1) Autotransporte Turístico Español (ATESA); (2) Aurigacrown Car Hire S.L. (AURIGACROWN); (3) Avis Alquile un coche (AVIS); (4) Autos Cabrera Medina S.L. (CABRERA MEDINA); (5) Canary Islands Car S.L. (CICAR); (6) Centauro Rent a Car S.L. (CENTAURO); (7) Coral Car Rental S.L. (CORAL CAR); (8) Europcar IB S.A. (EUROPCAR); (9) Goldcar Spain S.L. (GOLDCAR); (10) Hertz España S.L. (HERTZ); (11) Owners Cars S.A. (OWNERS CARS); (12) Paylesscar S.A. (PAYLESSCAR); (13) Record-Go Alquiler Vacacional S.A. (RECORD-GO); (14) Rent a Car Piñero (PIÑERO); (15) Top Car Auto Reisen S.L. (TOP CAR); (16) Sixt Rent Car S.L. (SIXT); (17) Solmar Alquiler de Vehículos S.L. (SOLMAR); y (18) Special Prices Auto Reisen S.L. (AUTO REISEN).

5. La extinta Dirección de Investigación, con fecha 17 de Diciembre del 2012, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 29 del Real Decreto 261/2008 *acordó y notificó la ampliación del acuerdo del Expediente Sancionador S/0404/12* a (1) Aurigacrown Web S.L.; (2) Aena Aeropuertos S.A.; (3) Citer S.A.; (4) Avis Europe Overseas Ltd; (5) Grupo Empresarial Cabrera Medina S.L.; (6) Centauro S.L.; (7) Eurazeo S.A.; (8) Hertz Global Hending Inc; (9) Goldcar Renting S.L.; (10) Go de Alquiler S.L.; y (11) Sixt Aktiengesellschaft.

6. La hoy extinta Dirección de Investigación, de conformidad con el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008 **considera** que el intercambio de información comercialmente sensible se ha llevado a cabo por las empresas anteriormente citadas con la colaboración de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y de Aena Aeropuertos S.A., *a través del intercambio de información sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales de AENA, presentes en los distintos aeropuertos desde el 19 de Abril de 1996 hasta el 5 de Septiembre del 2012 , lo que constituye una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio de Defensa de la Competencia y del Real Decreto 261/2008; y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea "*.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 se acuerda la notificación del Pliego de Concreción de Hechos a las empresas interesadas y se les concede el plazo de quince días para que puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes.

En diferentes fechas las partes interesadas aportaron documentación, solicitado ampliación de plazo para contestar y alegar, tomado vista del expediente, etc (Folios 9374 al 12296.....).

7. Tras la notificación del Pliego de Concreción de Hechos, la extinta Dirección de Investigación *acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente*, hasta que por el Consejo de la Comisión Nacional



de la Competencia se conociera y resolviera sobre el Recurso interpuesto por AVIS el 11 de Octubre del 2012 contra el acuerdo denegatorio de la terminación convencional en relación al Expediente R/0124/12 AVIS.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en Resolución de 21 de Febrero de 2013 desestimó dicho recurso denegando el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, reanudándose así el cómputo del plazo máximo para resolver.

8. La propuesta de resolución describía el mercado relevante como el de alquiler a corto plazo de coches sin conductor que se comercializa en los aeropuertos españoles. Aunque el servicio de alquiler de coches sin conductor opera en muchos puntos de la geografía, en España existe una manifiesta segmentación del mercado: las oficinas de comercialización situadas en los aeropuertos y las situadas fuera de ellos.

Añadía que el mercado geográfico afectado es el nacional. Ahora bien, dado que más del 85% de los turistas provienen de países europeos, lo que equivale a 45 millones procedentes de la UE y que en su mayoría utilizan el avión como medio de transporte para su llegada y salida de España, la práctica investigada en este expediente afecta principalmente a ciudadanos de la Unión, por ello, la conducta investigada podría afectar al mercado comunitario en su conjunto por lo que deviene de aplicación el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

9. Entendía la propuesta de resolución que se había acreditado una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre el alquiler de coches sin conductor concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de abril de 1996 hasta el 5 de septiembre de 2012.

10. Sin embargo, la SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia discrepa sustantivamente con la concreción del mercado que la hoy extinta Dirección de Investigación hace en este Expediente Sancionador S/404/12 que titula como Servicios Comerciales AENA y entiende que tanto este Expediente Sancionador como el anterior S/ 0380/11 titulado Coches de Alquiler conforman el mismo mercado y debieron ser instruidos en conjunto y no separadamente (unidad de acto y de conductas).

Concluye la SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que existe un único CÁRTEL afectatorio al mercado de los coches de alquiler sin conductor cuya investigación se inicia a virtud de denuncia de la empresa SOLMAR, por prácticas restrictivas de la competencia de una serie de empresas, en los aeropuertos nacionales, prácticas consistentes en la adopción de acuerdos de prácticas concertadas para la fijación de precios y el establecimiento de determinadas condiciones comerciales en dicho mercado y con el consiguiente intercambio de información sensible entre las mismas, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS.

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente plantea como motivos impugnatorios la caducidad del expediente sancionador.

En segundo lugar, la vulneración del principio de defensa reconocido en el artículo 51.4 de la LDC .

En tercer lugar, la atipicidad de la conducta porque los pliegos de contratación planteaban obligatoriamente la necesidad de suministrar mensualmente a AENA el número de contratos celebrados y el volumen de facturación y así lo ha reconocido la propia AENA.

La inexistencia de práctica concertada alguna entre las empresas imputadas pues las adjudicatarias eran meras receptoras de la información que les suministraba AENA y prueba de ello es que por decisión unilateral de AENA se produjo el cese del intercambio de información. El intercambio de información no permitía tener conocimiento preciso de la cuota de mercado ni de los márgenes de las empresas competidoras porque su finalidad era la distribución de las plazas de parking como consta en los pliegos de condiciones y reconoce AENA.

Finalmente, que el principio de confianza legítima derivado de la participación de AENA en el intercambio de información impide la imposición de sanción alguna.

CUARTO.- Una vez deliberado el asunto, al amparo del art. 33.2 de la Ley Jurisdiccional , la Sala decidió oír a todas las partes implicadas en el cartel revisado mediante providencia de fecha 15 de junio de 2017 sobre el alcance que pudiera tener en la resolución sometida a nuestro enjuiciamiento el art. 51.4 Ley 15/2007 , salvo a la recurrente que ya lo había planteado en su escrito de demanda.



Conviene precisar que, dada la trascendencia de la cuestión vamos a comenzar abordando éste motivo con independencia del orden de cuestiones suscitadas por la parte recurrente en su escrito de demanda.

En relación con esta misma cuestión esta Sección ya se ha pronunciado recientemente en sentido favorable a las pretensiones de la recurrente y razones de unidad de criterio y de seguridad jurídica aconsejan acoger los razonamientos jurídicos ya recogidos en la sentencia dictada en fecha 19 de julio de 2017 en el recurso contencioso administrativo nº 95/2014 . En dicha sentencia decíamos:

"CUARTO.

....

El precepto citado dice 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 ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación del art. 51.4 de la Ley 15/2007 , vincula la existencia de infracción de dicho precepto a la modificación de los hechos y a que el cambio de calificación jurídica genere indefensión al sometido al expediente sancionador.

Así, la sentencia de 15 de febrero de 2016 rec. 3853/2013 , recuerda la de 3 de febrero de 2015, rec. 3854/2013 y rechaza que en el supuesto allí analizado se hubiera infringido el art. 51.4 de la Ley 15/2007 porque "la resolución sancionadora no había modificado los hechos en los que se basaba la imputación, de modo que, en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, tampoco apreciamos que se haya producido indefensión, ya que no se ha justificado que se hubieran menoscabado las garantías procedimentales, o, en particular, que se hubiera restringido la facultad de alegar sobre la valoración jurídica de la conducta sancionable."

Pues bien, en el presente caso, la resolución recurrida se aparta de la propuesta formulada por la Dirección de Competencia y lo explica del siguiente modo:

*"(...) esta SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **discrepa sustantivamente** con la concreción del mercado que la hoy extinta Dirección de Investigación hace en este Expediente Sancionador S/404/12 que titula como Servicios Comerciales AENA **y entiende que** tanto este Expediente Sancionador como el anterior S/ 0380/11 titulado Coches de Alquiler **conforman el mismo mercado y debieron ser instruidos en conjunto y no separadamente** (unidad de acto y de conductas).*

*Lo contrario, una vez reconocida la segmentación del mercado, **nos llevaría a un absurdo** desarrollo intelectual. ¿Por qué no considerar el mercado de coches de alquiler sin conductor, concretándolo al color blanco de la marca X?. ¿Por qué no concretarlo a los segundos viernes de mes?. ¿Y del mes de Marzo?. Estaríamos en presencia de un inadmisibles capricho intelectual, no querido ni permitido por el Ordenamiento Legal.*

*Por ello, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concreta la existencia real de **(1)** un único CÁRTEL afectatorio al mercado de los coches de alquiler sin conductor; **(2)** cuya investigación se inicia a virtud de denuncia de la empresa SOLMAR, por prácticas restrictivas de la competencia de una serie de empresas, en los aeropuertos nacionales; **(3)** consistentes en la adopción de acuerdos de prácticas concertadas para la fijación de precios y el establecimiento de determinadas condiciones comerciales en dicho mercado; y **(4)** con el consiguiente intercambio de información sensible entre las mismas, **con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS.***

DÉCIMO .- Llegados a este extremo y probada la necesaria colaboración de AENA y AENA AEROPUERTOS, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede dejar de mostrar su asombro y perplejidad por tal acontecer.

Tanto AENA como AENA AEROPUERTOS no tienen por objeto estatutario y/o empresarial el de "ser empresarios de alquiler de coches sin conductos" "ni consiguientemente, el de constituirse como cabecera de este CÁRTEL" "ni el de obtener beneficios económicos del mismo".

*En consecuencia, esta SALA DE COMPETENCIA ha tomado la decisión de **ADVERTIR y RECOMENDAR** 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."*

QUINTO .- Vamos a analizar ahora como opera el cambio de calificación jurídica en el caso de SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L, la entidad aquí recurrente.



La propuesta de resolución la imputa:

Una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre el alquiler de coches sin conductor concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de abril de 1996 hasta el 5 de septiembre de 2012. ."

Sin embargo, la resolución recurrida la sanciona por:

"una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 1 de julio de 2002 hasta el 2 de febrero del 2012.."

Esta modificación es relevante, porque implica una ampliación de los hechos y una agravación de la calificación jurídica ya que frente al intercambio de información sensible que le imputaba inicialmente la propuesta de resolución la resolución recurrida la sanciona ahora por su participación en un cartel. Efectivamente, en la parte dispositiva de la resolución impugnada, tras calificar la conducta como muy grave, conforme al art. 62.4.a) de la Ley 15/2007 añade que tal 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 cartel 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".

Se trata, por tanto, de un cambio relevante de calificación jurídica realizada sin dar previo traslado a las entidades luego sancionadas para formular alegaciones al respecto y que vulnera lo dispuesto en el art. 51.4 LDC .

La omisión de dicho trámite, constituye una infracción sustancial, causante de indefensión que determina la nulidad de la resolución sancionadora.

SEXTO .- Debe tenerse en cuenta, además, que llegamos a ésta conclusión no solo a través de la aplicación del art. 51.4 de la Ley 15/2007 , pues sobre la cuestión relativa a si en los expedientes sancionadores la Administración puede, sin dar audiencia al expedientado, imponer finalmente mayor sanción que la anunciada en la propuesta de resolución se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, rec. 336/2013 . En ella recuerda que:

A) El Tribunal Constitucional ha tratado de esta cuestión, entre otras, en sentencias 29/1989, de 6 de Febrero ; 98/1989, de 1 de Junio ; 145/1993, de 26 de Abril ; 160/1994, de 23 de Mayo ; 117/2002, de 20 de Mayo ; 356/2003, de 10 de Noviembre (auto); 55/2006, de 27 de Febrero y 169/2012, de 1 de Octubre .

B) Aparte de la conocida conclusión de que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución son trasladables al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pero con ciertos matices, (derivados sobre todo del hecho de que el procedimiento sancionador administrativo no conoce una diferenciación tajante entre instrucción, acusación y decisión), se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:

1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.

2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.

3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución, siempre que no se altere la calificación jurídica del hecho imputado y la sanción se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo sancionador.



B) También este Tribunal Supremo ha estudiado repetidamente el problema que nos ocupa, por ejemplo en sentencias, entre otras, de 19 de Junio de 1993 (recurso nº 2702/1988); 21 de Abril de 1997 (recurso nº 191/1994); 19 de Noviembre de 1997 (recurso nº 536/1994); 3 de Marzo de 1998 (recurso nº 606/1994); 23 de Septiembre de 1998 (recurso nº 467/1994); 30 de Diciembre de 2002 (recurso nº 595/2000); 3 de Noviembre de 2003 (recurso nº 4896/2000); 2 de Marzo de 2009 (recurso nº 564/2007); 2 de Noviembre de 2009 (recurso nº 611/2007); 14 de Diciembre de 2011 (recurso nº 232/2011); 18 de Junio de 2013 (recurso nº 380/2012); 30 de Octubre de 2013 (recurso nº 2184/2012) y 21 de Mayo de 2014 (recurso nº 492/2013).

De este cuerpo de doctrina extraemos las siguientes conclusiones:

1ª.- La imposición de una sanción más grave que la anunciada en la propuesta de resolución exige nuevo trámite de audiencia si ello deriva de hechos distintos a los contenidos en la propuesta o si es consecuencia de una modificación de la calificación jurídica de los mismos.

2ª.- Tampoco puede imponerse sanción más grave sin previa audiencia, si ello es consecuencia del rechazo de circunstancias modificativas que hubieren sido tenidas en cuenta en la propuesta de resolución. (En concreto, las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 2013 -recurso nº 2184/2012- y 21 de Mayo de 2014 -recurso nº 492/2013-, se refieren a una causa de atenuación de la responsabilidad, regulada en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que fue apreciada en la propuesta de resolución y rechazada, sin audiencia previa, en la resolución sancionadora).

3ª.- La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar si es necesaria una repetición del trámite de audiencia cuando la resolución sancionadora asume los hechos tal como los refirió el instructor en su propuesta y tampoco varía su calificación jurídica, apartándose de la propuesta únicamente en la determinación del exacto importe de la sanción dentro del abanico o intervalo correspondiente a esa calificación jurídica. No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente se inclina por exigir también en estos casos un nuevo trámite de audiencia."

En el caso al que se refiere esta sentencia, la resolución sancionadora incrementaba la sanción sobre la propuesta de resolución lo que anula el Tribunal Supremo-- en virtud de "un factor de agravación de la sanción, que no constituye en realidad un hecho, sino un juicio de valor sobre las consecuencias de un hecho (la no abstención), no un juicio jurídico, sino un juicio producto de la aplicación a un hecho de las normas de la experiencia. Pero, en todo caso, un juicio y una conclusión que no se encontraban en la propuesta de resolución y que ha servido al órgano decisor para agravar casi en una mitad más la sanción propuesta, sin que sobre ello hubiera tenido oportunidad la expedientada de hacer alegaciones".

Como vemos, en derecho administrativo sancionador, con carácter general, se extreman las garantías hasta el punto de que la nueva o diferente valoración jurídica de un hecho que consta en la propuesta de resolución impone la necesidad de otorgar trámite de alegaciones al afectado por lo que, con mayor razón habrá de hacerse, al amparo del art. 51.4 de la Ley 15/2007, precepto específico en éste ámbito cuando en la resolución sancionadora se produce un cambio de la calificación jurídica sobre los que se fundamenta la sanción.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución pero, al afirmar ahora que SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L es responsable de un cartel 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 está agravando la calificación jurídica inicial al poner de manifiesto que desde abril de 1999 SPECIAL PRICES tomó parte en el plan conjunto de actuación que perseguía esa práctica anticompetitiva.

Esta nueva calificación jurídica como cartel en la que las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales agrava la imputación inicial de SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L, concretada en la propuesta de resolución, al considerar acreditado que formó parte de aquel plan preconcebido desde 1999 con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles reclamaciones por daños que eventualmente puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, además de que la ampliación de los hechos posibilita un incremento de la sanción respecto de la que procedería según la propuesta inicial.

Ha de insistirse en que no se discute la calificación jurídica que efectúa la resolución sancionadora sino en que, a la vista de la trascendencia de la modificación efectuada, prescinda del trámite de audiencia como impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007.



SÉPTIMO. - Por lo demás, el presente caso, es diferente al enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, rec.5106/2009 en el que dicha sentencia aborda el problema, en relación con una conducta de abuso de posición de dominio, de si se produjo por el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración sustancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

La sentencia concluye que en aquel supuesto "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"

La diferencia estriba, insistimos, en la omisión del trámite de audiencia que impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007 frente al cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia que impidió a SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L formular alegaciones y defenderse.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L, sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda".

Las circunstancias procedimentales que se destacan en la sentencia transcrita respecto de la mercantil SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L son idénticas a las que han afectado a la mercantil CANARY ISLANDS CAR, S.L., ahora recurrente; por lo que la identidad de situaciones debe conllevar una misma respuesta y, en este caso, estimatoria.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS **ESTIMAR** el recurso interpuesto por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, actuando en nombre y representación de CANARY ISLANDS CAR, S.L. y de GRUPO EMPRESARIAL CABRERA MEDINA, S.L. contra la resolución de 2 de enero de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual, en el expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA se le impuso una sanción de multa de 128.909 € euros por la comisión de una infracción única y continuada de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ; y en el Artículo 101 del Tratado Fundacional de la Unión Europea consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en los aeropuertos de La Coruña, Asturias, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, Granada, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid, Málaga, Menorca, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Reus, San Sebastián, Santander, Tenerife Norte, Tenerife Sur, Valencia, Valladolid, Vigo, Vitoria y Zaragoza, con la colaboración necesaria de AENA y AENA AEROPUERTOS, desde el 19 de Abril de 1999 hasta el 5 de Septiembre del 2012, resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con imposición de 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.

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 26/07/2017 doy fe.