



Roj: **SAN 3362/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3362**

Id Cendoj: **28079230062017100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **40/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000040 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00392/2014

Demandante: AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) Y DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA ESTATAL (AENA AEROPUERTOS S.A.)

Procurador: D^a LUCÍA AGULLA LANZA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ESPECIAL PRICES AUTOREISEN SL, AVIS, EUROPCAR IB SA Y CENTAURO RENTA CAR S.L

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 40/14 promovido por la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza, actuando en nombre y representación de **AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) y de la Sociedad Anónima Estatal (AENA AEROPUERTOS S.A.)**, 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 les impuso una sanción de multa de 832.959 € euros, a la primera y de 68.559 € euros a la segunda, 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 partes codemandadas han comparecido ESPECIAL PRICES AUTOREISEN SL, AVIS, EUROPCAR IB SA Y CENTAURO RENTA CAR S.L, representadas por los Procuradores D^a María Luisa Fernández Quero, D. Manuel Lanchares Perlado, D^a Paloma Valles Tormo y D. Guillermo García San Miguel.

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 por la que se anule dicha resolución de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de éste escrito y se condene 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 14 de junio de 2017.

CUARTO.- En dicha fecha, mediante providencia, se acordó, de conformidad con el art. 33.2 de la Ley Jurisdiccional oír de nuevo a las partes por término de diez días sobre el alcance que cabe atribuir al art. 51.4 de la Ley 15/2007 .

Presentadas las alegaciones, se acordó señalar de nuevo la audiencia del día 12 de julio de 2017, en que tuvo lugar. Tras la deliberación y no estando de acuerdo el Ponente con el criterio expresado por la mayoría anunció su voto particular en el momento de la votación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , turnándose la Ponencia al Magistrado, Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente recurso contencioso administrativo impugnan las entidades recurrentes 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 les impuso a AENA una sanción de una sanción de multa de 832.959 € euros, y de 68.559 € uros a AENA AEROPUERTOS 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:

AENA

AENA AEROPUERTOS

(...).

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

AENA €uros 832.959

AENA AEROPUERTOS €uros 68.559

(...)

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 Honding 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, tras exponer el régimen jurídico de AENA y AENA AEROPUERTOS y las funciones que desarrollan, denuncian la falta de motivación y prueba de la resolución recurrida.

La falta de tipicidad de la conducta realizada ya que el intercambio de información al tratarse de datos de facturación del pasado no puede calificarse como restricción por el objeto. Destaca que la inclusión en los Pliegos de condiciones que regulan la actividad de las arrendatarias en los aeropuertos de una cláusula que posibilite que los datos referidos a las facturaciones mensuales declaradas por cada uno de ellos sean públicos para el conjunto de todos ellos se debió únicamente a una necesidad operativa de ajustar anualmente las plazas de aparcamiento cedidas por AENA a los arrendatarios.

La conducta objeto del expediente no podía eliminar la incertidumbre sobre la política comercial de las empresas por el alto grado de dinamismo del mercado de alquiler de vehículos de España. El mero suministro de datos relativos a facturación a mes vencido y número de contratos de forma genérica sin referencia a previsiones futuras y sin incorporar información adicional sobre las múltiples variables que pueden dar lugar al precio final de los servicios no son suficientes para apreciar una reducción de la incertidumbre del mercado ni que dificulte la entrada de nuevos competidores.

Subsidiariamente, plantea la falta de proporcionalidad de la sanción.

CUARTO.- Una vez deliberado el asunto, al amparo del art. 33.2 de la Ley Jurisdiccional, la Sala decidió oír a las partes mediante providencia de la misma 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, presentando la actora y el Abogado del Estado las oportunas alegaciones al respecto.

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.

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 consiguiientemente, 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 AENA y AENA AEROPUERTO S.A., las entidades aquí recurrentes.

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 las 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 les imputaba inicialmente la propuesta de resolución la resolución recurrida las 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 agravación de 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 AENA y AENA AEROPUERTOS S.A. son responsables 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 AENA y AENA AEROPUERTOS S.A 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 AENA y AENA AEROPUERTOS S.A, 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 AENA y AENA AEROPUERTOS S.A 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 AENA y AENA AEROPUERTOS S.A sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda.

OCTAVO: 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.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS **ESTIMAR** el recurso interpuesto por la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza, actuando en nombre y representación de **AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) y de la Sociedad Anónima Estatal (AENA AEROPUERTOS S.A)** 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 47.985 € 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.

Voto particular

que formula el magistrado Ilmo. Sr. D SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO a la sentencia de 19 de julio de 2017, recurso nº 40/14, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y otro.



SENTENCIA

I. Manifiesto mi acuerdo con los antecedentes de hecho de la sentencia recaída en los presentes autos.

II. Mi discrepancia se refiere a su fundamentación jurídica aunque no a la parte dispositiva, que también comparto.

III. A continuación incorporo el texto alternativo que en mi opinión debería justificar un pronunciamiento estimatorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En total contraste, el artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que: "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia



de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los recursos jurisdiccionales prolongan la situación de incertidumbre en la que se encuentra la empresa y ello puede ser altamente negativo para su reputación e imagen, además de constituir un factor de gastos y de



endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito, abocándola a una situación de menor competitividad en el mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Pero es más, el párrafo segundo del artículo 9 de la Directiva señala que

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

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

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

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

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

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

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

A estos efectos resulta pertinente delimitar los conceptos empleados.

El de infracción única y continua o continuada se refiere a una situación en la que varias empresas han participado en una infracción constituida por un comportamiento continuo o continuado que tenga una única finalidad económica dirigida a falsear la competencia, o incluso por infracciones individuales relacionadas



entre ellas por una identidad de objeto, como sería la coincidencia de una misma finalidad, de todos los elementos y de sujetos, tal sería el caso de coincidencia en la identidad de las empresas de que se trata conscientes de participar en el objetivo común (Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015, Asunto T- 655/11 , FSL Holdings, apartado 479).

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

En atención a lo expuesto procede estimar el presente recurso.

Madrid, a 20 de julio de 2017.

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

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

En Madrid a 26/07/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJIDOJ