



Roj: **STS 3625/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3625**

Id Cendoj: **28079130042018100457**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **1840/2017**

Nº de Resolución: **1503/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.503/2018

Fecha de sentencia: 15/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1840/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a **Celsa Pico Lorenzo**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **1840/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a **Celsa Pico Lorenzo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1503/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. **Celsa Pico Lorenzo**

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-1840/2017, interpuesto por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca en nombre y representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. bajo la dirección letrada de don Alberto Rueda contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016 de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra el Acuerdo de Recalificación dictado en el expediente sancionador SNC/0032/13 de 18 de diciembre de 2014 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por la Abogada del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a **Celsa Pico Lorenzo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales número 1/2015, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 17 de noviembre de 2016, cuyo fallo dice literalmente: «*Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo nº 1/2015 tramitado como procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la mercantil "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.", contra el Acuerdo de Recalificación dictado en el expediente sancionador SNC/0032/13 de 18 de diciembre de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y contra el Acuerdo de Requerimiento de Información adoptado en la misma fecha y en el mismo expediente sancionador y, en consecuencia, se confirman por ser ajustados a derecho.*»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. recurso de casación, que la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 7 de abril de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 10 de julio de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 1/2015.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si las potestades de recalificación de los hechos, atribuidas a la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el seno de los procedimientos sancionadores, permiten -por tratarse de una mera valoración jurídica de los hechos- modificar la extensión temporal de la infracción objeto del expediente (ampliando su duración, en principio, sin limitación temporal alguna), a pesar de que en el procedimiento inicialmente se fijó un determinado día final de los hechos investigados.

O si, por el contrario, esa nueva calificación supone una alteración de los hechos determinados por la Dirección de Competencia, instructora del expediente, causante de la indefensión que proscribe el artículo 24 de la Constitución por no poder calificarse como simple valoración jurídica de esos mismos hechos.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 24 de la Constitución española, así como el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 24 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.



Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 19 de julio de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la procuradora D^a Gloria Teresa Robledo Machuca, en representación de Repsol Comercial Productos Petrolíferos S.A. por escrito de fecha 5 de octubre de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «1º) *Que con estimación del presente recurso de casación se anule la Sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida; 2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la Sentencia impugnada, el Tribunal Supremo entre al examen del fondo del asunto, y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo en los términos solicitados en el escrito de demanda.»*

QUINTO.- Por providencia de 7 de noviembre de 2017. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 21 de diciembre de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «*que teniendo por presentado este escrito y sus copias, admita este escrito mediante el que se OPONE al recurso de casación de contrario, y lo desestime, fijando la doctrina que proponemos en nuestro fundamento IV.»*

Asimismo, el Ministerio Fiscal en escrito presentado el 22 de diciembre de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente solicita: «*que proceda a dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR al recurso de casación [...]».*

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 27 de junio de 2018 se señala este recurso para vista pública el día 2 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto, continuándose posteriormente la deliberación para votación y fallo.

SÉPTIMO.- Conforme al Acuerdo de la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2018, con efectos del 25 de julio del año en curso, no forma parte de la composición de la Sección de Admisiones de esta Sala Tercera la magistrada Excm. Sra. D^a **Celsa Pico Lorenzo**.

Siendo componente de esta Sección Cuarta y designándola nueva magistrada ponente, a fin de mantener la igualdad en el reparto de ponencias y de conformidad con lo establecido en el nº 8, párrafo quinto, de la Regla Primera de las correspondientes a la Sala Tercera, (BOE 11 de diciembre de 2017), sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

La representación procesal de Repsol, comercial de productos petrolíferos SA interpone recurso de casación **1840/2017** contra la sentencia desestimatoria de 17 de noviembre de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 1/2015 en que impugnada el Acuerdo de 18 de diciembre de 2014, un apartado denominado de recalificación y otro de requerimiento de información, dictado en el expediente SNC/0032/13, en fecha 18 de diciembre de 2014, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en virtud del cual se adoptan las decisiones impugnadas.

Identifica la sentencia (completa en cendoj Roj: SAN 4216/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4216) en su PRIMER fundamento el contenido de las resoluciones impugnadas mientras en el SEGUNDO refleja la argumentación actora. Dedicar el TERCERO a consignar la oposición del Abogado del Estado. En el CUARTO consta la petición desestimatoria de la pretensión manifestada por el Ministerio Fiscal.

En el QUINTO destaca los hechos relevantes que constan en las actuaciones.

En el SEXTO analiza la doctrina jurisprudencial sobre el art. 24 CE poniendo de manifiesto que en el caso de autos fue respetado el principio de contradicción al otorgarse trámite de alegaciones de la nueva calificación.

En el SÉPTIMO enjuicia si ha habido la denunciada indefensión por modificación en los hechos tenidos en cuenta en la propuesta de resolución.



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

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

Esta Sección anticipa que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia no ha vulnerado las garantías constitucionales recogidas en el artículo 24 de la CE y entre ellas el derecho del imputado a ser informado de la acusación para poder así defenderse adecuadamente. No es correcta la afirmación de que la Sala de Competencia de la CNMC ha alterado los hechos incluidos por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución; se mantienen los hechos imputados así como su calificación jurídica como infracción muy grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . La única variación ha sido la de entender, por parte de la Sala de Competencia, que la duración del incumplimiento imputado no finalizaba con la entrada en vigor de la Ley 11/2013. Modificación que ha supuesto realizar una valoración e interpretación jurídica distinta sobre los efectos temporales que ha producido la entrada en vigor de la Ley 11/2013 en relación con la materia examinada de fijación de precios de adquisición/cesión del combustible en función del precio máximo/ recomendado comunicado a la EESS. Y aunque es cierto que esa diferente interpretación ha supuesto una ampliación en el periodo temporal de duración de la comisión del incumplimiento imputado, no debemos obviar que ello se ha debido a una discrepancia jurídica entre la Dirección de Competencia y la Sala de Competencia sobre los efectos temporales y sustanciales que en los incumplimientos imputados ha supuesto la entrada en vigor de la citada Ley 11/2013. Y esa diferencia interpretativa entre ambos órganos sobre cuáles son las consecuencias y que efectos temporales ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 11/2013 sobre los llamados contratos CoDo y DoDo no puede asimilarse a una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución; por el contrario, lo que ha supuesto es una modificación de la calificación jurídica de los hechos que ya constaban en el expediente sancionador. Y esa modificación en ningún caso ha supuesto una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución ni tampoco esa modificación ha supuesto que se estén imputando hechos nuevos no recogidos en el expediente como así afirma el recurrente. En este sentido debemos destacar que ya en la propuesta de resolución consta que se analizan los efectos que produjeron las medidas regulatorias adoptadas en la Ley 11/2013 a los efectos precisamente de determinar la duración temporal de los incumplimientos imputados a la mercantil recurrente. Por tanto, al recurrente no solo no le eran ajenas las diferencias interpretativas sobre la Ley 11/2013 sino que, además, desde el momento en que se está ante una diferente interpretación jurídica sobre los efectos de la referida Ley, difícilmente puede encajar en el concepto de alteración sustancial de los hechos fijados por parte del órgano instructor. En consecuencia, la Sala de Competencia en la resolución impugnada ni ha introducido nuevos datos facticos ni tampoco la modificación temporal examinada ha supuesto un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos realizados por la Dirección de Competencia. Y ello sin perjuicio de que en el recurso contencioso administrativo que se interponga frente a la resolución que ponga fin al expediente sancionador se analice por este Tribunal de Justicia si efectivamente es ajustada a derecho la interpretación jurídica sobre los efectos que, en la conducta imputada a la recurrente, han supuesto las medidas recogidas en la Ley 11/2013.

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



Productos Petrolíferos. Y el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 30 de enero de 2012, que rechaza el recurso de casación»

Finalmente en el OCTAVO rechaza lo alegado:

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

SEGUNDO.- *Preparación del recurso de casación y admisión.*

Mediante auto de 10 de julio de 2017 de la Sección Primera de esta Sala se admitió a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo precisando que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: *«Si las potestades de recalificación de los hechos, atribuidas a la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el seno de los procedimientos sancionadores, permiten -por tratarse de una mera valoración jurídica de los hechos- modificar la extensión temporal de la infracción objeto del expediente (ampliando su duración, en principio, sin limitación temporal alguna), a pesar de que en el procedimiento inicialmente se fijó un determinado día final de los hechos investigados.*

O si, por el contrario, esa nueva calificación supone una alteración de los hechos determinados por la Dirección de Competencia, instructora del expediente, causante de la indefensión que proscribe el artículo 24 de la Constitución por no poder calificarse como simple valoración jurídica de esos mismos hechos.»

TERCERO.- *La interposición del recurso de casación.*

La sociedad recurrente arguye que la Sentencia ha infringido el principio acusatorio garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la materia. Así mismo, infringe el artículo 24.1 de la Constitución, que protege a todas las personas frente a situaciones de indefensión, así como la jurisprudencia que lo aplica e interpreta. Todo ello en relación con el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, y con el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia.

Sostiene que desde la STS de 30 de enero de 2012, rec. Casación 5106/2009 se discute si una alteración temporal de los hechos resulta o no lesiva del derecho de defensa y del principio acusatorio.

Acepta el recurrente que las conductas estaban investigadas y descritas pero no imputadas por lo que defiende que si ha habido la lesión denunciada.

Sostiene que el trámite de alegaciones no puede invocarse como garantía para el imputado.

También recalca que la modificación de la duración de la infracción "hasta la actualidad" constituye una alteración de los hechos imputados.

CUARTO.- *La oposición de la Abogada del Estado.*

Pone de manifiesto que por tergiversación del recurrente el auto de admisión parte de que inicialmente se fijó un día determinado de duración de la sanción cuando no es así atendiendo a los acuerdos que consta en el expediente.

Defiende que, en el acuerdo de incoación del expte. SNC/0032/13 REPSOL de 7 de julio de 2014 (folios 61-81) no se incluía ninguna limitación temporal a las actuaciones de REPSOL que debían investigarse en relación con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, y la Ley 11/2013, de 26 de julio y se recogía expresamente la opinión contraria de la Sala de Competencia de la CNMC a que dicha entrada en vigor limitara la extensión temporal de los hechos a investigar.

Adiciona que, tampoco es cierto que la duración de la infracción y los efectos de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2013 y la Ley 11/2013 no se discutieran en el expediente sancionador. En sus sucesivas



alegaciones al acuerdo de incoación, a la Propuesta de Resolución y al Acuerdo de recalificación, REPSOL sostiene que, tras la entrada en vigor de la Ley 11/2013, los contratos CODO de comisión no estarían obligados a dar cumplimiento al dispositivo 3 de la Resolución de 30 de julio de 2009. REPSOL reitera que cuando una norma con rango de Ley autoriza una conducta debe aplicarse el art. 4 LDC, y dicha conducta queda exenta por Ley, sin que la CNMC pueda prohibirla.

Entiende que, la Sentencia de instancia no recoge expresamente las circunstancias expuestas por esta parte recurrida (sobre todo, la referida a la extensión del acuerdo de incoación), pero las da por hecho, de modo que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme puede integrarlas, si las considera oportuno (el art. 93.3 LJCA dice que a efectos de la estimación, pero, todavía más, también puede serlo para desestimar, si tal aclaración deviene necesaria).

A su entender, como consecuencia de lo expuesto, el Auto de admisión (contra el que, recordemos, no cabe recurso alguno) ha de entenderse reconducido a " *Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: Si las potestades de recalificación de los hechos, atribuidas a la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el seno de los procedimientos sancionadores, permiten -por tratarse de una mera valoración jurídica de los hechos- modificar la extensión temporal de la infracción objeto del expediente (ampliando su duración, en principio, sin limitación temporal alguna), a pesar de resultar dicha extensión limitada en la propuesta que les ha sido sometida. O si, por el contrario, esa nueva calificación supone una alteración de los hechos determinados por la Dirección de Competencia, instructora del expediente, causante de la indefensión que proscribe el artículo 24 de la Constitución por no poder calificarse como simple valoración jurídica de esos mismos hechos.*"

Tras prolija argumentación pide la desestimación del recurso así como que la doctrina debe ser la de la sentencia de instancia.

QUINTO.- *La posición del ministerio fiscal.*

Interesa también la desestimación del recurso.

En síntesis considera el Ministerio Fiscal que, cumplido el trámite de alegaciones que el art. 51. 4 prevé, la Sala de Competencia, en su resolución, puede llevar a cabo una nueva calificación jurídica de mayor gravedad, como también con heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o incluso -llevando al límite las posibilidades de la nueva valoración jurídica- con incorporación de elementos del tipo no considerados con anterioridad, siempre que tales elementos se funden en hechos previamente imputados por la Dirección de Competencia.

Finalmente sostiene, en cuanto que los Acuerdos recurridos, de 18 de diciembre de 2014 y de la Sala de Competencia, son resoluciones intermedias o de trámite tras las que la parte recurrente y la Dirección de Competencia han tenido ocasión de alegar, no se aprecia por este Ministerio que decidan indefectiblemente el fondo del asunto, ni impidan su continuación, ni ocasionen perjuicio irreparable a la parte que recurre, y en cuanto que el derecho fundamental afectado es relativo al art. 24 CE sobre vigencia del principio acusatorio y evitación de la indefensión, su lesión -posible a partir de lo apuntado en los anteriores ordinales- hay que tenerla por no consumada y sería aún subsanable en la decisión sancionadora de fondo a adoptar, pues en definitiva y como nos recuerda la STC 198 / 1999 (F. J. 4º), el concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no formal, y no toda vulneración de normas procesales produce indefensión en sentido constitucional, pues ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone en su alcance para la defensa de sus derechos.

SEXTO.- *Hechos relevantes acreditados en autos. Firmeza de la Resolución de 7 de julio de 2014. Incoación de expediente por incumplimiento continuado. Resolución sancionadora de 12 de marzo de 2015.*

La Abogacía del Estado al oponerse al motivo, tanto en el acto de la vista pública como en el escrito formalizando la oposición, pide se preste atención al contenido de la Resolución iniciadora del expediente incoado el 7 de julio de 2014 por incumplimiento parcial de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, CNC de 30 de julio de 2009.

Resulta incontrovertido que la Resolución de 30 de julio de 2009 devino firme, en lo que a Repsol SA concierne.

Así, por un lado se dictó la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de octubre de 2013, recurso de casación 2789/2012 desestimatoria del recurso contencioso administrativo planteado por vulneración de derechos fundamentales. Y, por otro, la Sentencia de 22 de mayo de 2015, de esta Sala Sección Tercera, recurso casación 658/2013, desestimatoria del recurso de casación suscitado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado el recurso contencioso administrativo contra la sanción dictada por la CNC el 30 de julio de 2009.



Mas el aspecto sobre el que reclama interés la Abogacía del Estado a fin de clarificar la respuesta a dar en el recurso de casación es la inexistencia de plazo determinado en el procedimiento sancionador origen del acto recurrido por perseguirse una infracción continuada en el tiempo.

El punto sexto de la Resolución iniciadora del expediente sancionador expresa " *Interesar a la Dirección de Competencia la apertura de un procedimiento sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero (Declarar el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009, en particular de su dispositivo TERCERO, CUARTO y QUINTO apartado IV de esta Resolución) y para que vigile y cuide el cumplimiento de esta Resolución*".

Por ello en el escrito de calificación se consideró que la conducta de incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2009 finalizaba el 28 de julio de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/2013, de 26 de julio, mientras en el de recalificación de 18 de diciembre de 2014 entendió que la conducta de incumplimiento se prolongaba hasta aquel momento.

No hubo, pues, ocultación alguna de que el expediente recaía sobre una conducta continuada en el tiempo mientras esta se desarrollase, esto es el incumplimiento de la tantas veces citada Resolución de 30 de julio de 2009.

También debe consignarse que la recurrente ha acreditado que la Resolución final sancionadora de 12 de marzo de 2015, pendiente de recurso, redujo la imputada conducta ilícita del recurrente al 12 de septiembre de 2013 fecha del Informe Parcial de Vigilancia.

SÉPTIMO.- *El art. 24 CE y la indefensión material. La doctrina expresada en la STS 31 de octubre de 2013 .*

Debemos recordar que la cuestión suscitada en sede casacional lo ha sido en el marco de un procedimiento de derechos fundamentales en que, en instancia, se adujo la vulneración de los arts. 24 y 25 CE mientras en el presente recurso se limita al art. 24 CE.

También que estamos ante un acto trámite cualificado, recalificación de una infracción con trámite de audiencia (art. 51.4 Ley 15/2007, 3 de julio, Defensa de la Competencia) mas no ante el acto final sancionatorio que es objeto de un recurso ordinario según ha afirmado la recurrente.

Por ello no está de más traer a colación lo vertido en el FJ 10º de la STS de 31 de octubre de 2013, recurso casación 2789/2012 deducido por la también aquí recurrente contra la Resolución de 30 de julio de 2009 en un procedimiento relativo a vulneración de derechos fundamentales. Allí se insistió en deslindar la legalidad ordinaria evitando todo pronunciamiento para no "incurrir en el riesgo de invadir el área de pronunciamiento que corresponde al procedimiento ordinario en curso".

También en la meritada Sentencia en su FJ 17 se afirmó respecto de la indefensión alegada que la carga de justificar la indefensión alegada recae sobre el recurrente así como que la parte no puede ampararse en un planteamiento puramente formal del derecho a ser informado de la acusación "aprovechándose de elementos significativos en un plano teórico; pero que en la realidad de lo acaecido carecen de consistencia ".

OCTAVO.- *Posibilidad de efectuar una nueva calificación sin modificar los hechos. STS 30 de enero de 2012 .*

La STS 30 de enero de 2012, recurso de casación 5106/2009, ya invocada por la recurrente en su demanda, así como en sede casacional, la Sección Tercera de esta Sala ha analizado si se vulneró o no el derecho de defensa, garantizado en el art. 24.1. CE tras la actuación llevada a cabo al amparo del art. 43.1 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Coinciden precepto derogado y vigente en permitir una recalificación de los hechos respetando el trámite de audiencia.

Afirma el FJ Tercero de la citada Sentencia que "dicha norma solo habla de nueva calificación, lo que implica que no se pueden alterar los hechos".

Si bien la Sentencia citada se refiere a un abuso de posición dominante de una compañía eléctrica guarda relación con la aquí cuestionada. Así la continuidad temporal que el acto impugnado imputa versa sobre el período que motivó la instrucción. Por ello entiende que no ha habido un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos, pues en dicho acto de trámite se han tenido en cuenta los mismo que se recogían en el acto de instrucción inicial.

Concluye que no hubo cambios sorpresivos de imputación ni de imposibilidad de modificar la defensa ante una nueva imputación pues "la imputación efectuada en ambos momentos (calificación y recalificación) es la misma, aunque con referencia a períodos distintos".



La Resolución iniciadora del expediente incoado el 7 de julio de 2014 por incumplimiento parcial de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 no establecía un día final de los hechos investigados, razón por la cual la recurrente tendría que haber acreditado de que modo ha sido lesionado el art. 24 CE, lo que no ha hecho.

NOVENO.- *La posición de la Sala.*

Lo primero, hemos de recordar lo dicho en la precitada Sentencia de 31 de octubre de 2013 recaída en un proceso de protección de los derechos fundamentales.

No basta con invocar la producción de indefensión, sino que deben mostrarse siquiera indicios de su acontecimiento material.

Pero, además, compartimos la posición de la STS de 30 de enero de 2012 respecto a que no lesiona el art. 24 CE cuando se efectúa una nueva calificación sin modificar los hechos incluyendo la prolongación temporal de la infracción imputada, que es lo mantenido por la Sala de instancia con respecto al art. 51.4 de la Ley 15/2007, de 15 de julio.

La interpretación que se acaba de sentar en relación con los preceptos concretados por la Sección Primera de esta Sala conduce a la desestimación de la pretensión que la sociedad recurrente deduce en el escrito de interposición del recurso.

En consecuencia se desestima el recurso de casación interpuesto, fijando la doctrina expuesta.

Por ello se ratifica la doctrina establecida por la STAN objeto del presente recurso.

DÉCIMO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. Resulta temerario invocar en el escrito de preparación un hecho que no consta en autos.

A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 5.000 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016 dictada en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 1/2015 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña **Celsa Pico Lorenzo**, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.