



Roj: **STS 3007/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3007**

Id Cendoj: **28079130032018100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/07/2018**

Nº de Recurso: **2665/2016**

Nº de Resolución: **1356/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.356/2018**

Fecha de sentencia: 24/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2665/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2665/2016**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1356/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 24 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número **2665/2016**, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 343/14 . Se ha personado como parte recurrida el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en representación de **NESTLÉ ESPAÑA SA**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento contencioso-administrativo número 343/14 seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por **NESTLÉ ESPAÑA SA**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 31 de julio de 2014, en el expediente sancionador R/AJ/0245/14 **NESTLÉ ESPAÑA SA** por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto por la mencionada mercantil contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 24 de abril de 2014 de subsanación de errores en el Pliego de Concreción de Hechos de 18 de marzo de 2014.

**SEGUNDO.-** La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 11 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva acuerda:

«FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 343/14 promovido por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo actuando en nombre y representación de **NESTLÉ ESPAÑA SA**, contra la resolución de 31 de julio de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, desestimatoria del recurso interpuesto frente a la dictada con fecha 24 de abril anterior por la Dirección de Competencia, debemos anular y anulamos dichas resoluciones, por ser contrarias a Derecho; y ordenamos se retrotraiga el procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes.

Sin hacer expresa imposición de costas.»

Contra la referida sentencia, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO manifestó su intención de recurrir en casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de 26 de octubre de 2016 de interposición del recurso de casación en el que expuso los dos motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) de la LJCA , por infracción del art. 105.2 LRJPAC, así como la jurisprudencia que lo interpreta, al considerar que la sentencia se equivoca cuando establece que el acuerdo de rectificación es un acto de trámite cualificado. Que en realidad se trata de un acto de mero trámite, por lo que no se le pueden aplicar los límites y cautelas de la técnica de la rectificación de errores, pues tales cautelas se refieren a las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa y no a actos de trámite que simplemente preparan.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) de la LJCA , por infracción del art. 63 LRJPAC. El acuerdo de rectificación no ha generado ningún tipo de indefensión, no lesiona derechos o intereses legítimos y tampoco hay lesión sustantiva ni perjuicio de ningún tipo para **Nestlé**.

Terminando por suplicar dicte sentencia estimatoria por la que case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando que la resolución de la CNC impugnada en la instancia se ajusta a Derecho.

**CUARTO.-** Por Diligencia de Ordenación de 2 noviembre se había tenido por personadas a las partes y del escrito de **Nestlé** se dijo en el párrafo tercero «con respecto a lo interesado en el suplico del precitado escrito, no ha lugar a tener por evacuado en tiempo y forma la oposición al recurso de casación, al no ser el momento procesal oportuno para efectuar el precitado trámite.»



Presentado escrito solicitando aclaración de la mencionada diligencia de ordenación, por Decreto de 11 de enero de 2017, se deja sin efecto el párrafo tercero de la diligencia de ordenación, que hemos mencionado.

**QUINTO.**- Por Auto de la Sala de 15 de diciembre de 2016, la sala de admisión considera que de los tres motivos formulados en la instancia en el escrito de preparación del recurso de casación, aquí solo se ha mantenido como motivo de casación el segundo de ellos (infracción del los artículos 105.2 y 63 LRJPAC -que como hemos relacionado en el antecedente tercero de esta sentencia, el escrito de interposición ante esta Sala de la Administración del Estado desglosa en dos motivos de casación-), y se acuerda admitir el recurso de casación planteado y remitir las actuaciones a la sección tercera para su resolución.

**SEXTO.**- Evacuado el trámite de oposición al recurso de casación, **NESTLÉ ESPAÑA SA** realiza alegaciones que enumera como:

«Primera. Al único motivo de casación invocado por la Administración demandada, referido a la presunta infracción por la Sentencia de Instancia del artículo 105.2 de la LRJPAC: El Acuerdo de la DC "excede de una simple rectificación de errores" y supone una "verdadera revisión de oficio" del PCH»;

«Segunda. Al único motivo de casación invocado por la Administración demandada, referido a la presunta infracción por la Sentencia de Instancia del artículo 63 de la LRJPAC: el Acuerdo de la DC infringe gravemente los principios que rigen el procedimiento sancionador y vulnera el derecho a la defensa de **NESTLÉ.**»

Termina suplicando, dicte sentencia desestimando el recurso con imposición de costas a la recurrente.

**SÉPTIMO** .- Se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo de 2018, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la representación de la Administración del Estado se formula el presente recurso de casación, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016, dictada en el recurso 343/2014 .

La Sala de la Audiencia Nacional estima el recurso deducido por la mercantil **Nestlé SL**, frente a la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 31 de julio de 2014, que desestima el recurso formulado contra la precedente resolución de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014.

Esta última resolución de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 acuerda la reapertura de la Instrucción del expediente a fin de subsanar de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , LRJPAC, determinados errores materiales del artículo 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos. Y, al amparo del artículo 105 2 LJCA , procede a su subsanación completando las responsabilidades individuales de ciertas empresas, y en lo que a la recurrente se refiere, **Nestlé SA**, se añaden a las prácticas anticompetitivas ya descritas en el apartado 5º del Pliego que también son imputables a esta empresa las siguientes: «Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos casos, se podrían haber materializado en acuerdos: también para los años 2004 (de conformidad con el apartado 225 del PCH notificado, y los folios 8.514-5.515, y el apartado 177 del PCH notificado y folio 2.015) y 2006 (de conformidad con el apartado 178 del PCH notificado, y el folio 8.637 a 8.638)".»

La controversia en la instancia se ciñó a resolver si la actuación de la Dirección de Investigación, que amplió el Pliego de Concreción de Hechos respecto a la sociedad **Nestlé SA**, podía realizarse por el cauce del artículo 105,2 LJCA antes mencionado, por tratarse de la rectificación de un error material o de hecho tal y como sostenía la Comisión o, por el contrario excedía de esa vía, según sostenía la entonces recurrente en la instancia, **Nestlé SA**, dada la relevancia de dicha actuación.

La sentencia de instancia asume la tesis defendida por la recurrente y considera que la alteración del Pliego de hechos no era subsumible en un supuesto del artículo 105.3 LJCA , que considera infringido. Las consideraciones en cuya virtud la sala estima el recurso deducido son del siguiente tenor literal:

«CUARTO.- La modificación del pliego de concreción de hechos se hizo, por tanto, al amparo del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , según el cual "Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos".

El primero de los motivos en que se sustenta la demanda gravita precisamente en torno a la imposibilidad de que un acuerdo como el cuestionado pueda llevarse a cabo por esta vía toda vez que su alcance no se limitaría



a la mera corrección de un error material, sino que supondría, en rigor, una ampliación temporal de los hechos imputados en el pliego de concreción de hechos.

Denuncia que la modificación implica un juicio valorativo que lleva a cabo la Dirección de Competencia para extender la intervención de **NESTLÉ** a los años 2004 y 2006, que solo es posible tras un razonamiento en el que se concluye que la participación de la entidad en los hechos investigados ha sido acreditada "... y, de este modo, modificar la calificación jurídica de la conducta continuada que se imputa a **NESTLÉ** en el PCH...".

Supone que la Dirección de Competencia no ha subsanado un error de hecho, sino de derecho, llevando a cabo una nueva valoración jurídica de documentos obrantes en el expediente que excede del cauce que habilita el artículo 105.2, además de manifestar una modificación de la voluntad inicialmente reflejada en el pliego de concreción de hechos como consecuencia de las alegaciones de **NESTLÉ** y de otras industrias en las que se evidenciaban las lagunas de aquel, "modificando su voluntad expresada en el PCH original en el sentido de ampliar la duración de la infracción imputada a **NESTLÉ**...".

Sobre la interpretación que ha de darse a la corrección de errores materiales que regula el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Supremo, y así en sentencia de 3 octubre 2014, en la que expresa lo siguiente:

"SÉPTIMO.- Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta Sentencia, la parte recurrente plantea como único motivo de casación la infracción del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, referente a la potestad de corrección de errores materiales o aritméticos. Al respecto es jurisprudencia constante que el error del artículo 105.2 Ley 30/1992 debe reunir las siguientes características:

1º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.

2º Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte.

3º Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos.

4º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.

5º La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión.

6º Debe aplicarse con criterio restrictivo."

En análogo sentido, la más reciente de 15 de febrero de 2016 declara que "La jurisprudencia de esta Sala viene realizando una interpretación del error material que puede resumirse o compendiarse del siguiente modo: el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo corrector ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio restrictivo. En este sentido la Sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil expuso que «no puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento específico de los arts. 109 y 110 de la Ley de



Procedimiento Administrativo , sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero ) y 25 de mayo de 1990 , 16 de noviembre de 1998 ) y 9 de diciembre de 1999 »."

La lectura del texto original del pliego de concreción de hechos y del corregido evidencia, sin ninguna duda, que la modificación excede de la que pudiera amparar el artículo 105.2 pues no se trata de la mera rectificación de un error material.

En efecto, la decisión implica una actividad valorativa que lleva a la Dirección de Competencia a considerar que la intervención de **NESTLÉ** en el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, precisamente la conducta imputada, no se ceñía a los períodos inicialmente delimitados -desde 2000 a 2003 y desde 2007 a 2010-, sino que abarcaría también los años 2004 y 2006.

Las explicaciones que ofrece la resolución de 31 de julio de 2014, ahora recurrida, para justificar el carácter meramente material del error, resultan reveladoras precisamente de lo contrario.

Después de afirmar, sin otras precisiones, que la participación de **NESTLÉ** en los años 2004 y 2006 "se desprende inequívocamente del apartado 5 del PCH, en particular de los párrafos 225, 177 y 178, así como del anexo I del PCH de 18 de marzo de 2014 ...", manifiesta que "En relación con el párrafo 178, si bien es cierto, como señala la recurrente, que el mismo no hace referencia expresa **NESTLÉ**, el párrafo indica literalmente que "se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer en torno al 4%". La mención al Gremi debe entenderse como alusiva, entre otros, a la recurrente por cuanto ésta, como señala la DC en su informe, formaba parte del Gremi, siendo además miembro de la Junta Directiva".

Siendo así que **NESTLÉ** cuestiona que su pertenencia formal a la Junta Directiva del Gremi acredite que participara en la reunión mencionada en el párrafo 178 del pliego de concreción de hechos original, es evidente que la corrección realizada implica una valoración por parte de la Dirección de Competencia que altera, además, en este concreto y trascendente extremo -prolongación en el tiempo de la conducta infractora-, el sentido del acto rectificado.

Asiste la razón entonces a la recurrente cuando afirma que "ello puede tener un impacto en la consideración del conjunto de las prácticas supuestamente restrictivas identificada en el PCH como una infracción única y continuada y que exige que la Administración demuestre la existencia de conexiones objetivas y subjetivas entre unas y otras, que no se ha producido una interrupción temporal, etc."

Desde luego, la Dirección no se limitó a rectificar un dato materialmente erróneo en el acto corregido que mostrase, como requiere la jurisprudencia, idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado. Más bien revela que la Administración, bajo el pretexto de la posibilidad de rectificación que ofrece el precepto, ha llevado a cabo una verdadera revisión de oficio del sentido del acto en claro perjuicio del afectado.

QUINTO.- Si la infracción del artículo 105.2 es, conforme a lo expuesto, palmaria, al no concurrir los presupuestos a que se condiciona su aplicación, otro tanto sucede con los que regulan el procedimiento sancionador.

La observancia del mismo constituye la primera garantía formal recogida en el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , cuyo apartado 1 dispone que "La potestad sancionadora de la Administración [...] se ejercerá [...] con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio", lo que se reitera en el apartado 3 del artículo 134 según el cual "en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento", excluyendo de este modo las llamadas "sanciones de plano", que ya habían sido descalificadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/1981, de 8 de junio .

Dentro de los principios básicos que han de inspirar el procedimiento sancionador se encuentra el derecho a conocer la imputación formulada, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que "el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto" ( STC de 24 de mayo de 1983, Sala Primera, 44/1983 ).

En los procedimientos para la imposición de las sanciones previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , es en el pliego de concreción de hechos donde han de ponerse de manifiesto claramente los que se imputan, los sujetos responsables, las pruebas que han llevado a realizar la imputación, las infracciones advertidas y las sanciones que cabría imponer por las mismas. Es el acto formal por el cual la empresa es informada de las acusaciones formuladas contra ella y de los hechos sobre los que se asientan tales acusaciones, hasta el punto de que debe excluirse la imposición de una sanción por hechos distintos de los reflejados en el mismo. Sobre la importancia y alcance del pliego de cargos en materia de competencia y su



necesaria notificación a las empresas imputadas se ha pronunciado el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T-136/02 , declarando lo siguiente:

"66. Sobre esta cuestión, procede recordar que el respeto del derecho de defensa, que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe ser observado en todos los casos, especialmente en todo procedimiento que pueda dar lugar a la imposición de sanciones, aunque se trate de un procedimiento administrativo, exige que la empresa interesada haya tenido la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00 , Rec. p. II-5761, apartado 32, y la jurisprudencia que allí se cita).

67. Según la jurisprudencia, el pliego de cargos debe contener una exposición de éstos redactada en términos suficientemente claros, aunque sean resumidos, como para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. En efecto, sólo si cumple este requisito puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse oportunamente, antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85 , C-104/85 , C-114/85 , C- 116/85 , C-117/85 y C-125/85 a II - 989 SENTENCIA DE 26.4.2007 - ASUNTOS ACUMULADOS T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 Y T- 136/02 C-129/85 , Rec. p. I-1307, apartado 42, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Mo och Domsjö/Comisión, T-352/94 , Rec. p. II-1989, apartado 63)".

Por otra parte, la posibilidad de alterar, una vez concluida la fase procedimental correspondiente, el pliego de concreción de hechos, haría ilusorio el derecho a formular alegaciones frente al mismo que reconoce la Ley.

En efecto, el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , dispone que "Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes".

En el mismo sentido, el artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece que "De conformidad con lo previsto en el art. 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que será notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes. Recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, la Dirección de Investigación procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el art. 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ".

La finalidad del pliego de concreción de hechos es, insistimos, la de delimitar los que puedan ser constitutivos de infracción; y su relevancia resulta evidente, pues constituye una garantía para el expedientado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos.

Es consustancial con esa finalidad, y con la garantía a la que sirve, que no pueda ser modificado a la vista de las alegaciones presentadas por el expedientado, acomodándolo a las mismas con el fin de eludir su eventual eficacia exculpatoria.

Y eso es, precisamente, lo que ha sucedido aquí.

Desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, ha alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite.

Además, la afectación al derecho de defensa de la expedientada que con ello se ha causado no puede discutirse. Esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado.

Y es que la posterior audiencia concedida a **NESTLÉ** cuando se había modificado ya el pliego no enerva esta conclusión, tal y como pretende el Abogado del Estado en la contestación a la demanda. De admitirse esta posibilidad, la Dirección de Competencia podría cerrar la fase de instrucción del procedimiento y reabrir la



posteriormente para modificar el pliego de concreción de hechos cuantas veces considerase necesario con tan solo dar traslado después al expedientado, salvando con ello su posible indefensión.

A juicio de la actora, la infracción arrastra la nulidad de pleno derecho de lo actuado por incurrir en el motivo previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido condicionando la posibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho por esta causa a que el acto se haya dictado prescindiendo totalmente de los trámites del procedimiento, resultando insuficiente la omisión de alguno de dichos trámites, por importante que fuera.(..)

Por tanto, y no obstante las dudas que pudieran suscitarse en este caso sobre el alcance de la infracción, entendemos que debe resolverse a favor de la anulación del acto que se impugna por incurrir en el supuesto del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y no a favor de su nulidad de pleno derecho, que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva como exige la jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2012 donde se declara que "... ha de reconocerse que las causas de nulidad radical o de pleno derecho deben ser objeto de interpretación restrictiva . Los fines que persigue la Administración, de carácter general y público, junto con la presunción de validez de que gozan los actos administrativos, hace que el principio general que rige en el derecho privado de nulidad de pleno derecho expresado fundamentalmente en el artículo 6 del Código Civil , se sustituya por la regla general de anulabilidad o nulidad relativa ..."»

**TERCERO** .- Como se indica en el Auto de fecha 15 de diciembre de 2016, de la Sala de Admisión, «de los tres motivos anunciados en el escrito de preparación sólo se ha desarrollado en el de interposición uno, el segundo». Debemos aclarar que en el escrito de preparación el segundo motivo se articulaba con el siguiente tenor literal:

« B) Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. En concreto se alega en este escrito de preparación infracción de las siguientes normas:

- Art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con la Jurisprudencia que lo ha interpretado, entre otras Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, S 15-3-2005, rec. 2824/2002 , que hace referencia a doctrina ya consolidada.

Y ello en cuanto la Sentencia, por aplicación de tal precepto y Jurisprudencia, rechaza la vía de rectificación de error material para incorporar en un determinado apartado del pliego de concreción de hechos, la participación de **NESTLÉ** en los intercambios de información entre industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, durante los años 2004 y 2006.

- Art. 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con la Jurisprudencia que lo interpreta (27 de diciembre de 1997, rec. 782/1996, entre otras), que contempla como irregularidades no invalidantes aquellas cometidas en la tramitación de los expedientes que no generan indefensión. Y artículos 50 de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio , arts. 33 y 345 del reglamento de Desarrollo de la Ley , aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero, en relación con el art. 78 de la citada Ley 30/1992 , y con el Art. 20.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por RD 1398/1999 de 4 de agosto), este último interpretado a contrario; de los que resulta que el pliego de concreción de hechos es un acto de instrucción, que no pone fin a esta fase del procedimiento, y que por tanto puede ser modificado plenamente hasta la determinación definitiva de los hechos en la propuesta de resolución, sin exigirse al efecto garantía alguna.»

Como vemos, ese motivo segundo en preparación del recurso, se desglosa en el escrito de interposición del recurso de casación formulado por la representación de la Administración del Estado ante esta Sala, en dos motivos acogidos al cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA .

El primero de los motivos denuncia la infracción del artículo 105.2 de la LRJPAC, y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta. La Administración recurrente considera que el Pliego de Concreción de Hechos no supone una resolución administrativa de la autoridad de competencia, ni se acompaña de medidas *ad hoc* sobre la mercantil denunciada. Y que tampoco produce indefensión al comunicarse al incoado para su posterior alegación, que sería tenida en cuenta tanto en el IP de la Dirección de la Competencia como en la Resolución del Consejo de la CNMC. Por los mismos motivos por los que el PCH no es un acto de trámite cualificado - alega la recurrente-, no tiene sentido que una rectificación al mismo sí lo sea.

Teniendo en cuenta que el Pliego es un acto de mero trámite, la sentencia ha aplicado indebidamente a este caso los límites y cautelas impuestos por la Ley y Jurisprudencia a la rectificación de errores en el caso de resoluciones que deciden el fondo del asunto, y cita la jurisprudencia, recogida, entre otras, en las STS de 15 de febrero de 2016 (rec. 464/2014 ), de 3 de octubre de 2014 (rec. 4071/2012 ), estas dos citadas por la propia



Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2015 (rec. 2824/2002 ) y 25 de mayo de 1999 (rec. 1600/1995 ), para aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se exige que concurren, en esencia, las circunstancias que indica (...).

Alega, en segundo lugar, que el Acuerdo de rectificación encaja plenamente en el concepto legal y jurisprudencial de error material que subyace de los mismos, a diferencia de lo que defiende la sentencia de la Audiencia Nacional.

El segundo de los motivos aduce la vulneración del artículo 63 de la LRJPAC. Expone en el desarrollo argumental, que la sentencia al considerar que la rectificación de error material es una vía improcedente para la incorporación de un hecho al pliego, anula el acto impugnado y acuerda la retroacción del procedimiento. Y reconoce, no obstante, que los hechos que fueron objeto de la rectificación del pliego pueden ser tenidos en cuenta en la propuesta de resolución, sin indicar una vía alternativa para hacerlo, siendo así que, de acuerdo con los preceptos citados, pueden simplemente ser incorporados a la propuesta de resolución sin necesidad de seguir procedimiento alguno.

Con ello, según la Administración recurrente, la sentencia concede virtualidad invalidante a la utilización indebida de la vía de rectificación de error material del pliego de concreción de hechos, pese a que su utilización no ha privado de garantía alguna al interesado, ni, por tanto, ha generado indefensión, vulnerando así los preceptos y Jurisprudencia citados. Por el contrario admite que tales hechos puedan ser incorporados a la Propuesta de Resolución, aun cuando en tal fase del procedimiento la recurrente (**NESTLÉ**) habría pedido un trámite adicional de alegaciones que si siguió al acuerdo de rectificación de error objeto de impugnación. Siendo ello así, resulta incuestionable que la rectificación, siguiendo la lógica de la sentencia, pudo ser innecesaria, pero en ningún caso generó indefensión sustantiva alguna.

**CUARTO** .- Como ha quedado expuesto, la sentencia impugnada considera que el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , no es un cauce adecuado para completar el Pliego de Concreción de Hechos en un expediente sancionador, para introducir nuevos hechos imputables a la recurrente, añadiendo que ello afecta, además, a las garantías del procedimiento sancionador. De esta forma el tribunal concluye que la ampliación del mencionado escrito no tiene cabida en la previsión contenida en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , LRJPAC.

La primera cuestión que nos corresponde dilucidar es si la actuación de la Comisión de la Competencia, es o no subsumible en el mecanismo de rectificación de errores previsto en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre .

Dispone el aludido artículo 105.2 de la LRJPAC que las Administraciones pueden «[...] rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos».

Sobre el alcance del artículo 105 LRJPAC que permite rectificar una resolución administrativa sin sujeción a plazo, cabe recordar la recientes sentencias de esta Sala de fecha 9 y 10 de julio de 2018 ( recursos de casación 2130/2016 y 2575/2016 ), que interpretan dicho precepto.

Dijimos en aquella ocasión que para determinar la procedencia del cauce del artículo 105 LRJPAC es preciso determinar si concurre el presupuesto de hecho previsto en la norma: la existencia del error que, además, debe cumplir los requisitos de ser material, de hecho o aritmético.

Y recordamos la reiterada jurisprudencia de esta Sala, entre otras las SSTs de 29 de marzo de 2012, RC 2416/2009 y 24 de junio de 2015 (rec. 2256/2014 ) en las que se cita una copiosa jurisprudencia ( STS de 18 de junio de 2001, recurso de casación 2947/1993 , con cita de las sentencias de 18 de mayo de 1967 , 15 de octubre de 1984 , 31 de octubre de 1984 , 16 de noviembre de 1984 , 30 de mayo de 1985 , 18 de septiembre de 1985 , 31 de enero de 1989 , 13 de marzo de 1989 , 29 de marzo de 1989 , 9 de octubre de 1989 , 26 de octubre de 1989 , 20 de diciembre de 1989 , 27 de febrero de 1990 , 23 de diciembre de 1991, recurso núm. 1307/1989 , 16 de noviembre de 1998, recurso de apelación número 8516/1992), en las que declaramos que para que su viabilidad sea posible, esa rectificación de errores requiere lo siguiente:

«[...] es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:





- 1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;
- 2) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;
- 3) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;
- 4) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;
- 5) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);
- 6) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión».

Subrayamos en las mencionadas sentencias que el procedimiento de rectificación, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, no puede proyectarse más allá de los objetivos fijados por la naturaleza de esa institución, pues, de lo contrario, el sistema de seguridad jurídica queda en entredicho, ya que permitiría rectificar en cualquier momento resoluciones administrativas firmes. Por ello, dicha previsión debe aplicarse con lo que la jurisprudencia califica de «hondo criterio restrictivo» no solo cuando la rectificación se realiza de oficio por parte de la Administración, para introducir cambios en sus resoluciones sin acudir al procedimiento de revisión de oficio o declaración de lesividad, sino también cuando dichos cambios se instan por los particulares pretendiendo rectificar resoluciones administrativas fuera de los cauces y de los plazos marcados para entablar los recursos administrativos y/o judiciales correspondientes.

Concluimos que la utilización de esta vía para rectificar resoluciones administrativas firmes ha de ser excepcional y tan solo cabe invocarla cuando se trata de rectificar equivocaciones patentes, claras y elementales, y que tales equivocaciones han de ser apreciables sin necesidad de acudir a interpretaciones jurídicas y han de poder serlo también teniendo en cuenta exclusivamente los datos que figuran en el expediente administrativo correspondiente.

**QUINTO.** - Hemos de examinar las circunstancias concretas de este caso y si la sentencia de la Audiencia Nacional ha interpretado correctamente el alcance del artículo 105 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, con arreglo a los criterios señalados en nuestra jurisprudencia.

Cabe indicar que la resolución a la que se refiere la rectificación de errores es una actuación esencial en el procedimiento sancionador, cual es un Pliego de Concreción de Hechos que se contempla en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que implica la delimitación de los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. La resolución que se dicta al amparo del artículo 105 LRJPAC, esto es, como rectificación del error advertido en el contenido del Pliego de Hechos, se dicta una vez concluida la fase de instrucción (que tuvo lugar el día 21 de Abril de 2014) y consiste en la inclusión de nuevos hechos que abarcan un período temporal muy superior al determinado en el Pliego originario.

La sentencia de instancia considera que dicha ampliación del Pliego de Hechos que se inserta en el procedimiento sancionador no puede calificarse de rectificación de un error material, dada la relevancia y trascendencia de la modificación introducida y la naturaleza del acto al que afecta la rectificación.

Como acertadamente razona la sala de instancia no cabe considerar que la alteración realizada por el cauce del artículo 105 LRJPAC se trate de una simple equivocación o un mero error material, en la medida que supone la incorporación de nuevos hechos sobre los que versa la infracción, no contemplados en el Pliego inicial, que implica una ampliación del objeto de la imputación a la sociedad aquí recurrida. A través de la rectificación no se corrigió una simple equivocación elemental, antes bien, se incorporan al Pliego ciertos hechos que implican la eventual intervención de la mercantil **Nestlé** en actos que pudieran ser contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia durante los años 2004 a 2006. No se trataba de subsanar un error material patente que se desprendía del propio contenido del precedente Pliego de hechos, sino de integrar en el reseñado Pliego hechos inéditos que implicaban la extensión de los aspectos fácticos de la instrucción.

Así, basta constatar el contenido y la extensión del Acuerdo de rectificación, que procede a «subsanar completando las responsabilidades individuales de cada una de las empresas» y, en lo que aquí interesa respecto a **Nestlé**, SA (apartado 5) se añade como hechos concretos el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias, que se podrían haber materializado en acuerdos entre



los años 2004 y 2006. Se trata en fin, de una operación que presenta un alcance jurídico relevante que comporta evidentes consecuencias trascendentales en el procedimiento sancionador, pues, por una vía inadecuada, se amplía el objeto de la instrucción con las obvias consecuencias negativas para la parte recurrida, operación que se sustenta en un razonamiento jurídico ajeno a lo que constituye un mero error material.

Todo ello nos lleva a concluir que el tribunal de instancia interpretó correctamente el alcance del art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, en consecuencia, resulta procedente entender que el cauce del artículo 105.2 LRJPAC no era el idóneo para la alteración del Pliego de Concreción de Hechos por no ser una rectificación de error material que permitiese modificar la resolución de la CNMC en cuestión mediante la utilización de dicha vía totalmente inadecuada para la finalidad pretendida, razón por la que cabe rechazar el primer motivo de casación.

**SEXTO** .- La misma suerte desestimatoria ha de seguir el segundo motivo de casación, en el que se denuncia la quiebra del artículo 63 de la LRJPAC.

Una vez establecida, con arreglo a lo antes razonado, la improcedencia del cauce del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, para la alteración y ampliación del contenido del aludido Pliego de Concreción de Hechos, la consecuencia que de ello deriva es la nulidad de la resolución impugnada. No cabe acoger la infracción del artículo 63 LRJPAC, bajo la alegación de inexistencia de indefensión material por la ausencia de perjuicios de la mercantil **Nestlé**, dada la concesión del correspondiente trámite de audiencia. Pues, la oportunidad de **Nestlé** de formular alegaciones ante la alteración *in peius* del Pliego de Hechos, implica la quiebra de los principios y garantías del procedimiento sancionador, toda vez que se introdujeron nuevas imputaciones que no aparecían en el inicial Pliego, con quiebra de las garantías del derecho de defensa, conculcándose la regla según la cual el procedimiento administrativo sancionador debe mantener la inalterabilidad de los hechos imputados, siendo válida la modificación de la calificación de los hechos pero no la motivación sustancial de los Fundamentos Fácticos de la acusación y posterior sanción ( SSTC 29/1989, 145/1993, 169/1998 ), no subsana la irregular ampliación del Pliego determinante de la nulidad del Acuerdo de la CNMC de 24 de marzo de 2014.

**SÉPTIMO**.- De conformidad con las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, hemos de desestimar el recurso de casación, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas derivadas del recurso de casación, a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros (4.000 €) la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la demandada.

## FALLO

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

**Primero** .- NO HA LUGAR al recurso de casación número **2665/2016**, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 343/14.

**Segundo** .- IMPONER a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espin Templado. -D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech. -D. Diego Cordoba Castroverde. -D. Angel Ramon Arozamena Laso. -D. Fernando Roman Garcia. -Firmado.

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm<sup>a</sup>. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. -Firmado.