



Roj: **SAN 4494/2012** - ECLI: **ES:AN:2012:4494**

Id Cendoj: **28079230062012100520**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/11/2012**

Nº de Recurso: **1/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4494/2012,**
STS 2018/2014

SENTENCIA

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso-administrativo, tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1/2012, se tramita a instancia de la entidad **BALEARIA EUROLINEAS MARITIMAS, S.A.**, representada por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012, sobre **Derechos Fundamentales**; en el que, por tratarse de procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ha emitido dictamen el Ministerio Fiscal; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandado MEDITERRANEA PITIUSA, S.L., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 27 de marzo de 2012, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPlico A LA SALA, que teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias, y documentos al mismo acompañados, se sirva admitirlo, disponer su unión a los autos de su razón, tener por formulada la Demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Balearia Eurolíneas Marítimas, S.A. *contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2012, dictada en el expediente S/0244/10 y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia en la que se declare la vulneración del derecho fundamental a la defensa de mi mandante y, en consecuencia, la nulidad de la Resolución impugnada*",

2. De la demanda se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió su dictamen en fecha 15 de junio de 2011, concluyendo que

" SUPlico: *interesa la estimación del recurso y consiguiente nulidad de la resolución recurrida en cuanto la misma conculca el derecho constitucional a la defensa del recurrente tal como este interesa.*"

3. Asimismo, se confirió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:



"**SUPLICA A LA SALA**, que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso y subsidiariamente se estime de forma parcial."

4. Mediante Diligencia de Ordenación de 30 de mayo de 2012 se dió traslado al Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de la codemandada MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L. para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"**SUPLICO** Que tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por formulada contestación de MEDITERRÁNEA PITIUSA al recurso para la protección interpuesto por BALEARIA y, en atención a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito:

(i) Acuerde la íntegra desestimación del recurso para la protección de los derechos fundamentales interpuesto por BALEARIA.

(ii) Con carácter subsidiario a la pretensión anterior y para el caso de que se entienda que procede estimar el recurso de BALEARIA, acuerde a. anulación de la RESOLUCIÓN objeto del recurso interpuesto de contrario, así como la remisión de las actuaciones al Consejo de la CNC a fin de que, una vez concedida audiencia a todas las partes interesadas y en particular a MEDITERRÁNEA PITIUSA, dicte una nueva resolución ajustada a Derecho en relación con los hechos objeto del expediente S/244/10."

5. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 19 de junio de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 30 de octubre de 2012 se señaló para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y ha sido **ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), en fecha 23 de febrero de 2012, en el expediente S/0244/10, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" **Primero** .- Declarar que BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, SA. e ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, SA., han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , al incurrir entre 2001 y 2010 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave.

Segundo .- Declarar que BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, SA. y MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L., han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , al incurrir entre 1995 y 2011 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave.

Tercero .- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007:

-36 110.800 € a COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A.

- 15.214.402 € a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A.

- 495.8266 € a ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A.

- 731.0816 € a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A.

- 1.155.205 € a SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, SA.

- 402.453 € a MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L.

Cuarto .- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

La recurrente interpuso este recurso, que se ha seguido por los trámites del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona regulada en el capítulo I del Título V de la Ley Jurisdiccional.

2. Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso:



- La denuncia del Conseil Insular de Ibiza contra Balearia y Transmediterránea y la apertura del trámite de información reservada

El 19 de abril de 2010, tuvo entrada en la CNC una denuncia del Consell Insular de Ibiza contra Compañía Transmediterránea, S.A. (Transmediterránea) y Balearia por supuestas prácticas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC), consistentes en la adopción de acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y/o de condiciones comerciales así como la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativos en el mercado de transporte marítimo regular de pasajeros y mercancías entre la Península y Baleares (folios 1 a 11 del expediente).

Como consecuencia, la DI abrió un trámite de información reservada con arreglo al artículo 49.2 de la LDC, llevando a cabo inspecciones domiciliarias en las sedes de Transmediterránea (Madrid y Palma de Mallorca) y Balearia (Denia, Valencia, Barcelona y Palma de Mallorca) los días 11 y 12 de mayo de 2010 (folios 218 a 258.1.1. del expediente).

- La presentación por Balearia de una solicitud de exención o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa

El 15 de mayo de 2010 Balearia (a través de su presidente) presentó ante la DI de la CNC una solicitud de exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa (lo que se denomina una solicitud de clemencia), con arreglo a lo establecido en los artículos 65.1 y 66.1 de la LDC (folios 309 y 310 del expediente): En esos preceptos se establece que la CNC podrá eximir del pago o reducir el importe de la multa que le correspondería, a aquellas empresas que faciliten elementos de prueba de la presunta infracción, siempre que tales pruebas aporten un valor significativo con respecto de aquéllos elementos probatorios de los que ya disponga la CNC y siempre que se cumplan determinados requisitos fijados en esos preceptos.

Los días 4 y 7 de junio de 2010 tuvieron entrada en la DI de la CNC escritos del representante legal de Balearia aportando documentos de prueba que acompañan a la solicitud de exención o reducción del pago de la multa. Posteriormente, Balearia fue sucesivamente colaborando con la DI de la CNC en la investigación mediante la realización de diversas declaraciones verbales y la aportación de diversa prueba documental (folios 407 a 573 y 575 a 592 del expediente).

- La incoación del expediente sancionador S/0244/10

El 7 de julio de 2010, la DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0244/10 contra Balearia, Transmediterránea e Isleña Marítima de Contenedores, S.A. (Iscomar) por considerar que existían indicios racionales de infracción del artículo 1 de la LDC en el transporte marítimo regular de pasajeros y mercancías en las líneas Península-Baleares e interinsulares. Este acuerdo de incoación fue ampliado ulteriormente a Concesiones Marítimas Ibicencas, S.A. (Sercomisa), Mediterránea Pitiusa, S.L. (Pitiusa) y Transmapi Balearia, C.B (Transmapi) (folios 1623 y 1624 del expediente).

- Reconocimiento por la DI del derecho de Balearia a obtener una reducción de la multa

El 6 de mayo de 2011, la DI notificó a Balearia el Pliego de Concreción de Hechos (PCH, folios 6039 a 6099 del expediente, que para facilidad de la Sala se adjunta como

DOCUMENTO nº 1) en el cual concluía que la solicitud de clemencia presentada por Balearia cumplía los requisitos del artículo 66 de la LDC para la obtención de una reducción de la multa.

"Por otra parte, en aplicación de lo dispuesto en la LDC y en el RDC respecto del programa de clemencia, la solicitud de reducción del importe de la multa presentada por BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A. relativa a su participación en el cártel, ha sido examinada por la Dirección de Investigación de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y una vez valorado su contenido y el de los elementos de prueba aportados junto con ella, esta Dirección de Investigación considera que ha aportado valor añadido significativo en la medida en que, por su naturaleza y nivel de detalle, las pruebas y declaraciones aportadas por la empresa han aumentado la capacidad de la CNC para demostrar la existencia del cártel, así como para valorar la participación de las demás entidades en él. Además, de acuerdo con lo indicado en el artículo 66.3 de la LDC, dado que los elementos de prueba aportados por BALEARIA han permitido establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa, en concreto, han permitido adelantar el inicio de la participación de TRANSMEDITERRÁNEA e ISCOMAR en el cártel y establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos entre BALEARIA y SERCOMISA (a través de TRANSMAPI- BALEARIA CB) con MEDITERRÁNEA PITIUSA en la línea Ibiza-Formentera, al determinar el importe de la multa que corresponda imponer a BALEARIA no se tendrán en cuenta estos hechos adicionales.

[...]

De acuerdo con el artículo 50.4 del RDC, una vez practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados.

Como se indica en el artículo 43.1 del RDC. la propuesta de resolución deberá contener la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la reducción del importe de la multa a la que se refiere el artículo 66 de la LDC En concreto, respecto de la solicitud de reducción del importe de la multa presentada por BALEAR EUROLÍNEAS MARÍTIMAS. SA."

- En consecuencia, la DI propuso en la Propuesta de Resolución, una reducción de la multa a imponer a Balearia de entre un 30 y un 50 por ciento

Posteriormente, el 22 de junio de 2011 la DI notificó a Balearia la Propuesta de Resolución (PR, folios 7700 a 7802 del expediente, que para facilidad de la Sala se acompaña como DOCUMENTO N.º 2) en la cual, en línea con lo dispuesto en el PCH, la DI proponía al Consejo de la CNC una reducción del importe de la multa correspondiente a Balearia de entre un 30 y un 50 por ciento.

"... PROPUESTA

A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC , se PROPONE: [...]

Sexto: Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, SA., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC."

- Tras recibir la Propuesta de Resolución, el Consejo no manifestó a Balearia, en ningún momento de la tramitación del procedimiento, su intención de retirarle el beneficio de la reducción de la multa propuesto por la DI

El 15 de julio de 2011 la DI elevó su PR al Consejo de la CNC (folios 7987 a 8084 del expediente), en los siguientes términos:

"... PROPUESTA

A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC , se PROPONE:

Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007 consistentes en la fijación de precios y de otras condiciones comerciales o de servicio, de limitación o de control de la producción y de reparto de mercado en las líneas de transporte marítimo de mercancías y pasajeros que unen la Península con las Islas Baleares y las Islas Baleares entre sí.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, SA., COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A., ISLEÑA MÁRITIMA DE CONTENEDORES, S.A., SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, SA. Y MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L.

Tercero. Que se archiven las actuaciones iniciadas contra la Comunidad de Bienes TRANSMAPI-BALEARIA CB, dado que son sus socios los que, a través de ella, han realizado entre sí y con MEDITERRÁNEA PITIUSA los acuerdos que se estiman anticompetitivos.

Cuarto. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4 a) de la LDC .

Quinto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC , teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC .

Sexto: Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS. SA., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 de la RDC."

Recibida la PR y valoradas las solicitudes de prueba y vista contenidas en los escritos de alegaciones a la PR, el Consejo acordó, por medio de auto de 30 de noviembre de 2011, solicitar aclaraciones sobre ciertos volúmenes de negocios y realizar la prueba solicitada por Sercomisa, consistente en requerir a la Consejería de Turismo, Comercio y Movilidad sobre determinados hechos acaecidos en 2004 (folios 8126 a 8137 del expediente).

Posteriormente, el 22 de diciembre de 2011, tras la práctica de la referida prueba el Consejo dictó Acuerdo de Valoración de Prueba (folio 8189 del expediente).

Y finalmente, el 14 de febrero de 2012 el Consejo deliberó y votó la Resolución (folios 8287 a 8378 del expediente).

Pero en ningún momento el Consejo realizó notificación alguna a Balearia en relación con la retirada del beneficio de reducción de la multa concedido por la DI



- Sin embargo, posteriormente, el Consejo decidió retirarle el beneficio de la reducción de la multa, sin concederle un trámite de audiencia previo, sancionándole con el límite máximo establecido en la LDC, consistente en el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior.

Como hemos visto, durante toda la fase de tramitación del expediente ante el Consejo de la CNC, éste nunca manifestó a Balearia su intención de poner en duda su condición de solicitante de clemencia y no le notificó objeción alguna respecto de su cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 66 de la LDC para beneficiarse de la reducción del importe de la multa. Objeción, que de haber sido trasladada a Balearia con carácter previo a dictarse la Resolución, le hubiera permitido formular las oportunas alegaciones y proponer las pruebas pertinentes para defenderse de ella.

En efecto, no fue hasta la notificación de la Resolución cuando Balearia descubrió que el Consejo había decidido cambiar la calificación jurídica, retirándole sorpresivamente la reducción del importe de la multa de entre el 30 y el 50 por ciento:

"Consecuentemente el Consejo ha valorado que en el caso presente BALEARIA EUROLINEAS MARITIMAS. SA. no ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma, en particular con el regulado en el artículo 66.2. b) de la LDC (que remite al 65.2.a, b, c, y d), y dado que se trata de requisitos acumulativos solo el respeto de las letras a y b del art 66 LDC le hubiese hecho acreedora de una reducción del importe de la sanción, tal y como ha solicitado. Sí valora el Consejo que la colaboración prestada puede ser calificada como una circunstancia atenuante, atendiendo a los términos regulados en el artículo 64.3. d), pues dicha colaboración ha supuesto la aportación de elementos de prueba que ha permitido en particular ampliar el periodo de infracción referida al transporte marítimo entre las Islas Baleares y la Península y extender la infracción a M. Pitiusa en el de Formentera-Ibiza".

3. La demandante solicita la nulidad de la Resolución por infracción del artículo 24 de la Constitución, alegando que se le ha colocado en una situación de indefensión, porque no ha tenido oportunidad en el procedimiento administrativo de presentar alegaciones sobre la retirada del beneficio consistente en la reducción de entre el 30% y el 50% del importe de la multa que le había sido concedida por la Dirección de Investigación de la CNC por facilitar elementos de prueba sobre la infracción. Y esa retirada del beneficio ha tenido como consecuencia la imposición de una multa de más de 8.000.000 de euros respecto de lo que le correspondería según la Propuesta de Resolución y que ha sido, finalmente, impuesta en el límite máximo legalmente establecido, a saber: el 10% del volumen del negocio total de la empresa en el ejercicio anterior.

En fin, concluye la actora que ha quedado acreditado que esa omisión del trámite de audiencia -reconocida por todas las partes- ante la retirada del beneficio de reducción de la multa ha vulnerado su derecho a la defensa, lo que vicia de nulidad a la Resolución impugnada. Conclusión que dice también venir avalada con la doctrina expuesta por esta misma Sala y Sección en nuestra sentencia de 22 de febrero de 2012, y, asimismo, ha venido corroborada por el Ministerio Fiscal en su informe.

El Ministerio Fiscal, en el trámite al efecto conferido interesó la estimación del recurso y consiguiente nulidad de la resolución recurrida en cuanto la misma conculca el derecho constitucional a la defensa del recurrente tal y como éste interesa.

Considera, en efecto, el Ministerio Fiscal que se han modificado los hechos de la propuesta porque son hechos, aunque no estén en el correspondiente apartado de la propuesta y de la resolución y más en este caso que en el precedente al que nos hemos referido por cuanto la resolución, a los folios 86 y 87, aunque parece aceptar la de la propuesta, luego viene, en realidad a dar por probados unos tan diferentes como los siguientes:

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que Balearia ha aportado valor añadido significativo en sus declaraciones de clemencia, puesto que las mismas han contribuido a ampliar el periodo de duración de la infracción respecto al transporte marítimo entre las Islas Baleares y la Península y a ampliar el conocimiento sobre los infractores respecto al transporte marítimo de pasajeros entre Ibiza y Formentera. Sin embargo, el Consejo, a la luz de los hechos que a continuación se describen del proceder del solicitante de clemencia a lo largo de la fase de instrucción del expediente, no puede apreciar que la cooperación de Balearia pueda ser calificada como plena, continua y diligente, como exige la norma.

Las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación en la sede de Balearia tuvieron lugar el 11 de mayo de 2010 y el 15 de mayo la empresa presentaba ante la CNC una solicitud de aplicación del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las primeras declaraciones verbales con aportación de documentos las realiza la empresa el 7 de junio, siendo conocedora de todos los elementos de prueba que obraban ya en poder de la CNC procedentes de las investigaciones domiciliarias previamente realizadas. En esa primera declaración informa de su participación en dos carteles, el primero desde abril de 2004 hasta el primer trimestre de 2005 con Acciona (Transmediterránea), y el segundo entre



mayo de 2008 hasta abril de 2010 con Acciona e Iscomar. Denuncia la existencia de un tercer cartel entre Acciona e Iscomar entre el año 2005 y mayo de 2008. Esta descripción se reitera, de forma más detallada en otras cuatro declaraciones verbales realizadas el 16 de junio de 2010. Hay una sexta declaración verbal el 3 de agosto en la que se sigue presentando la misma versión de los hechos. El 20 de octubre de 2010, cinco meses después de la solicitud de clemencia, y después de seis declaraciones verbales insistiendo en la existencia de tres carteles independientes y en que Balearia solo habría participado en dos de ellos de forma intermitente, se realiza la séptima declaración verbal en la que se informa de la existencia de contactos entre Balearia o Umafisa y Acciona anteriores a 2003, concretamente desde 2001 y con afectación a líneas de transporte marítimo entre la península y las Islas Baleares.

El 5 de abril de 2011, casi un año después de la solicitud de aplicación conseguir una resolución coincidente con la misma y efectuar todas las alegaciones que reforzaran la propuesta Y sirvieran de defensa para excluir la posibilidad de que el Consejo de la CDC actuara como lo ha hecho.

Como en definitiva nos movemos ante hechos y valoraciones delimitadas, esto podría ser así si, al menos en la regulación de este tipo de expedientes, se advirtiera a los expedientados de esa posibilidad y, en consonancia, también el Instructor lo hubiera advertido expresamente. Si esto fuera así, efectivamente, la administración no le habría producido indefensión alguna, pues era la inacción del expedientado la que le habría llevado a no proponer prueba y no argumentar nada. Sabido es, que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, descarta que se haya conculcado el artículo 24 CE cuando con la inacción del expedientado, o su defensor, los causantes de no proponer pruebas o no llevar a cabo cualquier actuación conveniente para su defensa. No se puede imputar la indefensión a quien no es el causante.

Pero es que, precisamente, para descartar que se produzca una indefensión producto de sorpresas apreciaciones de hechos o calificaciones jurídicas, están las previsiones, tanto del art. 51.4 de LDC, como del 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.

Conforme al primero

"cuando el Consejo Nacional de la Comisión Nacional 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".

y de acuerdo con el segundo:

"3 En la resolución no se podrán aceptar hechos distintivos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo lo 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".

En este caso la resolución del Consejo de la CDC no sigue lo previsto en ninguna de las normas y dicta una resolución que, en realidad, modifica, en perjuicio del expedientado, tanto los hechos que contiene la concurrencia de circunstancias que van a ser determinantes para que al responsable se le imponga una multa en una cuantía inferior incluso al 50%. Y estamos hablando de una multa de 15.945.483 € (quince millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y tres euros) que dicho en las antiguas pesetas son 2.653.105.134 pesetas (dos mil seiscientos cincuenta y tres mil millones ciento cinco mil ciento treinta y cuatro pesetas), que como hemos dicho, podía haber quedado reducida a menos de la mitad.

Lo que al justiciable le afecta y procura evitar o reducir es la importancia de la sanción. Basta ver la actuación de BALEARIA y otros expedientados que, en definitiva, estuvo dirigida no a eximirse de responsabilidad, sino de la multa.

Sobre este punto esta muy bien traída a colación por el recurrente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 2ª de 30 de marzo de 1989 . E indudablemente la de esa Sala de 23 de febrero de 2012 en el Recurso D.F. 1/2011.

El Abogado del Estado niega por su parte la conculcación del derecho fundamental alegado, por lo que solicita la desestimación del recurso; y subsidiariamente, sin desconocer la sentencia dictada por la Sala en fecha 22 de febrero de 2012 , entiende que no cabría una estimación total de la pretensión del recurrente, que es la nulidad de la resolución, sino en todo caso una estimación parcial, en el sentido de retrotraer el procedimiento al momento en el que el derecho de defensa alegado se entienda vulnerado.



4. Esta Sala en su sentencia de 22 de febrero de 2012 tuvo ya ocasión de analizar un supuesto sustancialmente idéntico al que ahora analizamos.

En dicha sentencia ya entendimos producida la indefensión tanto de un punto de vista meramente formal, como una indefensión material consistente en que como en este caso a la recurrente se había reconocido el beneficio de la reducción de la multa por el órgano instructor en la propuesta de resolución pero, posteriormente, sin mediar trámite de audiencia y sin modificar dicha propuesta, el órgano de decisión le retiró tal beneficio y le impuso una multa que duplicaba la que hubiera correspondido de acuerdo con la propuesta de reducción del importe de entre el 30% y el 50%.

La Sala entonces dijo:

"4. La cuestión, a resolver es si ha existido una lesión constitucional, ya que nos encontramos ante una actuación que se dice contraria a los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución, que haya producido, en terminología utilizada por el Tribunal Supremo, una indefensión material, tal y como sostiene la parte actora, tal y como sostiene la parte actora y el Ministerio Fiscal en el escrito presentado en el trámite que le fue conferido en este procedimiento especial.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

422 Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho, y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad que se les imponga una multa (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 344 supra, apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T 23/99, Rec. p. II 1705, apartado 199, y la jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p 1825, apartado 21)."

5. Pues bien en el presente caso resulta que tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución, la Dirección de Investigación notificó a la expedientada que apreciaba la concurrencia de las circunstancias que le daban derecho con arreglo a lo previsto en los artículos 66 y 65.2 LDC, a una reducción de la multa y que, de acuerdo con el artículo 66.3 LDC, podría beneficiarse de una reducción del importe de la multa de entre el 30 por ciento y el 50 por ciento, con arreglo al artículo 66.2.

Además se le reconocía que "los elementos de prueba aportados por la hoy actora han permitido ampliar la duración del cartel desde el 16 de mayo de 2007 (cuando se produce el último intercambio de información acreditado entre las empresas del G-8) hasta el 28 de febrero de 2008. En concreto al afirmar que el importe de la multa a PRODUCTOS COSMÉTICOS SLU **"no se tendrá en cuenta este período adicional de su participación en el cartel"** (el énfasis es nuestro y del Ministerio Fiscal).

Ello no obstante, la resolución sancionadora impugnada no tuvo en cuenta lo anterior, y sí sólo que había acudido con ánimo de prestar una colaboración activa a la Dirección de Investigación en la acreditación del cartel, lo que se consideró por la CNC una mera atenuante llevándole a reducir en un 5 por ciento la cuantía de la multa.

Con ello podríamos llegar a la conclusión, como recuerda el Ministerio Fiscal, de que derechos constitucionales como aquellos cuya conculcación se denuncia, han sido, efectivamente, vulnerados en este procedimiento.

Igualmente la Sala comparte plenamente la afirmación del Ministerio Fiscal cuando niega tajantemente la existencia de mínima culpa de la recurrente en la indefensión producida pues, en efecto, ésta no tenía que



defenderse nada más que de los hechos que se le imputaban y de la calificación jurídica que de la misma hacía la Dirección de Investigación pero no de los hechos o circunstancias reconocidos ya por la propia Dirección de Investigación para reducir la multa, como tampoco tenía que defenderse de que fuera responsable de prácticas colusorias durante un período que expresamente excluía la propia DI, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de "todo", ni puede decirse que acepte "todo" aquello de lo que no se defiende.

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

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

En este caso la Resolución del Consejo de la CNC no sigue lo previsto en las antecitadas normas y dicta una resolución que, en realidad, modifica, en perjuicio de la actora, tanto los hechos que contiene la Propuesta, como la calificación jurídica previamente otorgada por la Dirección de Investigación y sin que, además, sin mediar la realización de práctica de prueba distinta y adicional.

La Sala comparte las alegaciones del Ministerio Fiscal cuando en su dictamen que se han modificado los hechos de la propuesta, porque son hechos, aunque no estén en ese apartado de la propuesta y de la resolución, la actuación de colaboración que lleva a cabo WELLA. Son hechos todo lo referente a la existencia o no en el expediente de "acreditación documental suficiente sobre las comunicaciones entre los miembros del cartel en el segundo semestre de 2007 con convocatoria y confirmación de asistencia a la reunión de 4 de noviembre de 2007" y en general la importancia y valoración que se hace de la información aportada por WELLA. Se podría pensar que no, que es una valoración jurídica, pero en realidad, reúne características de hecho y valoración, pues los términos que se utilizan en los arts. 65 y 66 LDC no dejan de ser una simplificación de todos los elementos fácticos que hacen de la información aportada trascendente o importante para el fin pretendido cuando se regula una exención o una reducción de la multa que correspondería. Algunos incluso son de forma más clara prácticamente solo hechos, por ejemplo, la no existencia de ninguna otra señal que acredite la finalización del cártel.

Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción atenuada por la concurrencia de circunstancias modificativas, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que las pruebas aportadas por la hoy recurrente no eran susceptibles de ser tomadas en consideración a los efectos del artículo 66.1 LDC ("en el sentido de aportar un valor añadido significativo") y que la información suministrada no encajaba en el concepto legal de "hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa" a que se refiere el artículo 66.3 LDC , debería haber oído al respecto a la parte afectada.

Y al no haberlo hecho así incurrió en la vulneración del derecho constitucional invocado.

En definitiva, dejando al margen de nuestro actual enjuiciamiento las cuestiones relativas a la correcta subsunción jurídica de la solicitud de clemencia efectuada por la actora en el repetido artículo 66 LDC , así como al margen también de la posibilidad de que el Consejo de la CNC dictase resolución sancionadora más allá de la propuesta del órgano instructor y ciñéndonos, exclusivamente, a la pretensión ejercitada por la parte actora relativa a la **solicitud de restablecimiento del derecho de defensa vulnerado por la omisión del trámite de audiencia** acerca del posible cambio de calificación jurídica efectuado por la Resolución en relación con los concretos efectos de la solicitud de clemencia, es por lo que debemos declarar la nulidad de la Resolución impugnada exclusivamente en lo que se refiere a la concreta pretensión ejercitada en este procedimiento especial, esto es, "en cuanto sanciona a PRODUCTOS COSMETICOS S.L.U (WELLA) al pago de la multa impuesta".

5. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la consiguiente nulidad parcial de la resolución impugnada en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos indicados.



No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **BALEARIA EUROLINEAS MARITIMAS, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Pedro Antonio González Sánchez, contra la Resolución dictada por el Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 23 de febrero de 2012, con la consiguiente nulidad de la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos declarados.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso Administrativo. Doy fe.