



Roj: **STS 4287/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4287**

Id Cendoj: **28079130032018100441**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **5345/2017**

Nº de Resolución: **1760/2018**

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

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3216/2017,**
ATS 390/2018,
STS 4287/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.760/2018

Fecha de sentencia: 11/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5345/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA A. SECCION 6

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

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 5345/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1760/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 5345/2017, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de julio de 2017, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 468/2014, a instancia de Ebaki XXI, S.A., contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL.

Ha sido parte recurrida la empresa Ebaki XXI, S.A. representada por el procurador de los Tribunales D. Emilio José Aparicio Santamaria y con la asistencia letrada de D^a. M^a Ángeles Galdiz de la Plaza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 468/2014 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de julio de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a María Angeles Galdiz de la Plaza, actuando en nombre y representación de EBAKI XXI S.A. contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 191.420,52 € euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, resolución que anulamos por ser contraria a derecho. Con imposición de costas a la Administración demandada".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado presentó con fecha 3 de octubre de 2017 escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 16 de octubre de 2017, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2017.

CUARTO.- El procurador de los tribunales D^a M^a Ángeles Galdiz de la Plaza, en nombre y representación de Ebaki XXI, S.A., ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 7 de diciembre de 2017, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 19 de enero de 2018:

1º) Admitir el recurso de casación preparado por el abogado del Estado, en nombre y representación que *ministerio legis* ostenta, contra la sentencia de 17 de julio de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 468/2014.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, partiendo de los mismos hechos, se ha producido un cambio de calificación jurídica por la circunstancia de considerar que los mismos son constitutivos de una infracción única y continuada de naturaleza compleja, en lugar de una infracción única y continuada de naturaleza simple, y, en caso afirmativo, si dicho cambio es susceptible de producir indefensión a la recurrente, todo ello a efectos de lo establecido por el artículo 51.4 de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.



4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

SEXTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 30 de enero de 2018 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 21 de febrero de 2018 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"se estime el recurso de casación, fijando la interpretación de las normas y jurisprudencia invocadas en los aspectos que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con lo sostenido en este recurso.

Anulando la sentencia recurrida en todo caso, con devolución de los autos al Tribunal de instancia para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones suscitadas en la demanda, o, en su defecto se dicte en su lugar sentencia por la que se estime parcialmente el recurso de instancia, ordenando la retroacción de actuaciones del procedimiento sancionador al momento en que se cometió la infracción. Con costas".

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de fecha 23 de febrero de 2018, se concedió el plazo de treinta días a la parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 11 de abril de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

"que teniendo por presentado este escrito, se inadmita el recurso interpuesto, previa audiencia a la Abogacía del Estado, por el incumplimiento advertido al folio 7 del presente escrito o que, subsidiariamente, se desestime el mismo, fijando la interpretación del artículo 51.4 LDC de acuerdo con lo sostenido en este recurso Confirmando la sentencia recurrida en todo caso, con expresa condena en costas a la recurrente. Justicia que pido en Madrid, a 11 de abril de 2018".

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 27 de abril de 2018 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 23 de noviembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

El presente recurso de casación núm. 5345/2017, lo interpone el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de julio de 2017, en el recurso contencioso-administrativo núm. 468/2014.

La sentencia recurrida estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Ebaki XXI, S.A., anulando la sanción impuesta por resolución de fecha 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 191.420,52 euros, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.

La sentencia de instancia anuló la resolución administrativa impugnada al considerar que se había producido un cambio de calificación jurídica en la resolución administrativa que impidió a la citada empresa formular alegaciones y defenderse, vulnerando el artículo 51.4 de la Ley 15/2007.

SEGUNDO.- El auto de admisión.

En el auto de admisión, en consonancia con el criterio mantenido en otros recursos de casación referidos a este mismo expediente sancionador (Expte. S/0428/12 PALÉS), se apreció interés casacional consistente en determinar si, partiendo de los mismos hechos, se ha producido un cambio de calificación jurídica por la circunstancia de considerar que los mismos son constitutivos de una infracción única y continuada de naturaleza compleja, en lugar de una o varias infracción única y continuada de naturaleza simple, y, en caso afirmativo, si dicho cambio es susceptible de producir indefensión a la recurrente, todo ello a efectos de lo establecido por el artículo 51.4 de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.



TERCERO.- Otros recursos respecto al mismo expediente sancionador.

Como se dice en las recientes sentencias de 3 de diciembre de 2018 (recursos de casación núms. 5619/2017 y 5620/2017) a la que nos ajustamos, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de 30 de noviembre de 2018 (recurso de casación núm. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 6196/2017) sobre la correcta interpretación del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. En ellas, con cita de anteriores pronunciamientos de este Tribunal, sentencias de 30 de enero de 2012 (recurso de casación núm. 5160/2009), 3 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 3854/2013), 22 de junio de 2015 (recurso de casación núm. 1036/2013) y 15 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 1840/2017) se consideró que dicho precepto establece de manera taxativa la obligación del organismo regulador de otorgar un nuevo trámite de audiencia a los sujetos expedientados cuando entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora se produce un cambio en la calificación jurídica de la conducta investigada y sancionada, aun en el caso de que ese cambio de calificación no se vea acompañada por una modificación de los hechos y aunque no suponga una agravación de la sanción. Y que en estos casos, la omisión de dicho trámite constituye una infracción del procedimiento contraria a derecho, si bien dicha infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no cause indefensión material.

CUARTO.- Examen del presente recurso.

La especialidad de este recurso -igual que en el recurso de casación núm. 5620/2017 y otros de los antes citados- radica, según sostiene el Abogado del Estado en su recurso, en considerar que en el caso de la empresa Ebaki XXI, S.A., no existió cambio alguno, ni en los hechos ni la calificación jurídica, entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora, por lo que no era exigible un nuevo trámite de audiencia en aplicación del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, el representante del Estado sostiene en su recurso que, frente a lo afirmado en la sentencia recurrida, en este caso no se produjo cambio alguno en la calificación jurídica ni, a diferencia de otros supuestos, se pasó de dos infracciones independientes a una infracción única y continuada, de naturaleza compleja. A su juicio, la resolución sancionadora, por lo que respecta a la citada empresa, no califica la infracción que le imputa de "compleja", sino que la sanciona como una infracción única y continuada de intercambio de información, en idénticos términos a la propuesta de resolución.

El análisis de esta cuestión previa cobra especial importancia para resolver el presente recurso y, en consecuencia, para determinar si la doctrina fijada en las citadas sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2018 (recurso de casación núm. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 6196/2017) resulta aplicable al caso que nos ocupa, pues caso de llegar a la conclusión de que no existió cambio alguno entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora, ni por tanto un cambio en la calificación jurídica, el trámite de audiencia previsto en el artículo 51.4 de la LDC resultaría inaplicable y, por ende, habría que casar la sentencia impugnada.

Pues bien, en el caso de la empresa Ebaki XXI, S.A., la propuesta de resolución le imputaba una infracción "*por los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008*" y la resolución que puso término al procedimiento la sanciona "*por su participación en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008*".

No se advierte, por tanto, cambio alguno, ni en los hechos ni las conductas ni en su duración, entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora. Tampoco se advierte que exista una diferente calificación jurídica ni una modificación del reproche por la conducta de la que se la considera responsable, pues tal y como se afirma literalmente en la parte dispositiva de la resolución sancionadora, se la sanciona "*por su participación en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008*". A diferencia de otras empresas implicadas en estos hechos, a la empresa Ebaki XXI, S.A. no se la sancionó por una infracción compleja.

El tribunal de instancia consideró, sin embargo, que también en este caso se había producido un cambio de calificación jurídica que exigía acudir al trámite de audiencia previsto en el artículo 51.4 de la LDC y ello al considerar que:

"Por su parte, la resolución recurrida la sanciona:

"por su participación en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008".



Pudiera pensarse que, en realidad, no ha existido alteración de calificación jurídica alguna pues la resolución sancionadora reproduce los términos de la conducta imputada en la propuesta de resolución.

Sin embargo, ello no es así porque la parte dispositiva de la resolución recurrida en su apartado primero afirma que *"se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, y del artículo 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución"*.

Si acudimos al Fundamento de derecho citado que acabamos de transcribir, vemos como en él, la Sala de Competencia discrepa de la calificación jurídica efectuada por la Dirección de Investigación y aprecia una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL.

La contradicción entre la calificación de la infracción y la sanción que finalmente se impone a Ebaki XXI, S.A. es evidente y aunque, ciertamente, a la actora se le sanciona por participar en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, la Sala de Competencia rechaza la existencia de dos infracciones autónomas porque aprecia vínculos entre el intercambio de información sensible y el cártel de fijación de precios que impiden considerarlas como infracciones diferenciadas.

En éste sentido, destaca diversos elementos de unidad de actuación y finalidad que permiten, a su juicio, entender que se trata de una única infracción continuada de naturaleza compleja por la correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas, que se trata de dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y que ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través, primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado.

Esa diferente calificación jurídica en la que la Sala de competencia aprecia un objetivo común compartido en el que la conducta que se imputa a Ebaki XXI, S.A. se integra, requería, por su novedad, dudas jurídicas que suscita a los afectados y trascendencia, como luego veremos, dar traslado de la misma conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007, para que la recurrente pudiera formular alegaciones al respecto.

Entendemos que, en el presente expediente S/0428/12 PALÉS, debió darse traslado para alegaciones, no solo a las empresas que tras la nueva calificación jurídica vieron agravada su situación jurídica por la ampliación temporal de los hechos, caso de PALLETS TAMA y otras, sino también a aquellas como la recurrente que aunque formalmente se la sanciona conforme a la propuesta de resolución, sin embargo, la nueva calificación jurídica presenta una valoración distinta con incidencia en posibles reclamaciones futuras de daños conforme al art. 73 de la Ley 15/2007.

La contradicción apreciada entre los términos en que se razona en el Fundamento de Derecho Quinto y la sanción finalmente impuesta y las dudas que suscita el alcance que pudiera tener la nueva calificación imponía la necesidad de oír a las entidades afectadas sobre ésta, antes de dictar la resolución sancionadora.

La omisión de dicho trámite, previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, constituye por ello una infracción sustancial del procedimiento que determina la nulidad de la resolución sancionadora porque ha impedido conocer a la recurrente el alcance real y la trascendencia del cambio de calificación jurídica.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución, pero esta nueva calificación jurídica como infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que, se entiende que en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales y respecto del que se considera acreditado que Ebaki XXI, S.A. conocía aquel plan preconcebido con finalidad anticompetitiva con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles y eventuales reclamaciones por daños que puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, requería haber dado traslado para alegaciones a la recurrente, conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007".



Como decíamos en las sentencias de 3 de diciembre de 2018 (recursos de casación núms. 5619/2017 y 5620/2017) este razonamiento no puede ser compartido. Es cierto que el primer apartado de la parte dispositiva de la resolución sancionadora, por su remisión a lo dispuesto en el fundamento jurídico quinto de la misma (en el que se afirma *"el consejo considera acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE"*), podría llevar a pensar que a todas las empresas implicadas se las considera responsables de una infracción continuada de naturaleza compleja. Infracción que, tal y como señala a continuación este mismo fundamento jurídico, estaría integrada por dos conductas diferentes: por un lado un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los pales de madera; por otro, por los intercambios de información comercial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación.

Ahora bien, las dudas que suscita esta remisión no permiten concluir, como hace el tribunal de instancia, que a todas las empresas se las hace responsables de una infracción de naturaleza compleja que comprendería su participación, activa o tolerada, en ambas conductas (fijación de precios e intercambio de información). Basta acudir al apartado segundo de la parte dispositiva de dicha disposición para despejar tales dudas. En este apartado segundo se concreta la infracción de la que deben responder cada una de las empresas implicadas y la conducta que les imputa individualmente, diferenciando claramente entre aquellas empresas a las que se las sanciona por una infracción única y continuada de naturaleza compleja (en cuyo caso se las hace responsable tanto del intercambio de información como de la fijación de precios) y aquellas otras las que se les imputa una infracción única y continuada, pero no compleja, haciéndolas responsables tan solo de una sola conducta: el intercambio de información confidencial.

Por ello, atendiendo del tenor literal de la parte dispositiva de la resolución administrativa no es posible extraer la conclusión de que en este caso se sancionase a la empresa Ebaki XXI, S.A. por una infracción de naturaleza compleja y, por tanto, no puede entenderse que se produjo un cambio en la calificación jurídica respecto a la propuesta de resolución, que exigiese un nuevo trámite de audiencia.

La explicación de esta remisión es otra. La Comisión dictó una única resolución en la que se analizaban todos los hechos y la problemática planteada de forma conjunta, pero no todas las empresas tuvieron idéntica participación en los mismos. De modo que los razonamientos utilizados en dicha resolución tan solo resultan aplicables en relación con la participación que cada una de las empresas tuvo en los hechos e infracciones que finalmente y de forma individual se les imputó.

En idénticos términos, las citadas sentencias de 3 de diciembre de 2018 (recursos de casación núms. 5619/2017 y 5620/2017).

QUINTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial.

En respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación, respecto a la interpretación y alcance del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia ha de reiterarse la doctrina fijada en las sentencias de 30 de noviembre de 2018 (recurso de casación núm. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 6196/2017).

Así, el artículo 51.4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia establece de manera clara la obligación del organismo regulador de otorgar un trámite de audiencia a los sujetos expedientados en el supuesto de que se planteen cambiar la calificación de la conducta investigada en la resolución sancionadora respecto a la formulada durante la instrucción y sobre la que se ha trabado el debate en vía administrativa. Por tanto, si antes de que dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de dicha propuesta de manera relevante, como sin duda lo es una modificación de la calificación aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, es procedente que tal modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente; de manera que la omisión de dicho trámite de audiencia constituye una infracción procedimental contraria a derecho. Ahora bien, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados. Y en la medida en que la Administración sancionadora ha actuado de manera irregular, contrariando el tenor literal de la Ley, pesa sobre ella acreditar que efectivamente no se ha producido indefensión ni perjuicio alguno al derecho de defensa de los sujetos sancionados.

Así se ha recogido también en la sentencia de 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 6224/2017).

SEXTO.- Sobre la aplicación de dicha doctrina al presente recurso.

En el caso que examinamos no se advierte un cambio en la calificación jurídica entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora que hiciese necesario acudir a un nuevo trámite de audiencia, en los términos indicados en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.



En consecuencia, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, debiendo ser casada la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.-Sobre la procedencia de acordar la retroacción de las actuaciones.

Una vez establecido que la sentencia de instancia debe ser casada, quedan por dilucidar las demás cuestiones suscitadas y motivos de impugnación aducidos por la demandante en el proceso de instancia. Y lo hacemos en los mismos términos que en las sentencias dictadas en los recursos núms. 5619, 5620 y 6224 de 2017, entre otros.

En efecto, además de la cuestión que hemos examinado en casación, en la demanda presentada en el proceso de instancia la representación de Ebaki XXI, S.A. esgrimía diversos motivos o argumentos de impugnación como son los relativos la inexistencia de la infracción por intercambio de información, y no considera sancionable el intercambio de información ante la inocuidad de la información intercambiada, la existencia de un elevado número de competidores, la posibilidad de que cualquier asociado pudiera desvincularse del acuerdo de intercambio de información en cualquier momento, que la demanda no esté estancada y la escasa fidelidad del mercado a la marca, así como la exigencia del requisito de culpabilidad.

Tales argumentos de impugnación no fueron examinados por la Sala de la Audiencia Nacional, que basó su decisión de estimar el recurso en la apreciación -que aquí hemos corregido- de que la empresa Ebaki XXI, S.A. había sufrido indefensión por la omisión del trámite de audiencia, sin entrar la sentencia a examinar aquellos otros motivos de impugnación que esgrimía la entidad demandante. Y tampoco en casación se ha entablado debate en torno a ellos, pues el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado se centra en defender que durante la tramitación del expediente no hubo anomalía procedimental generadora de indefensión, sin abordar las otras cuestiones que se suscitaban en la demanda y que la sentencia no aborda.

Así las cosas, consideramos procedente aplicar aquí la previsión contenida en el artículo 93.1, último inciso, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), que permite, cuando se justifique su necesidad, que la sentencia que resuelve el recurso de casación ordene la retroacción de las actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia. Y en este caso consideramos justificada tal devolución, al no haber examinado la Sala sentenciadora aquellos motivos y argumentos de impugnación a los que antes nos hemos referido, ni contener la sentencia valoración alguna sobre el material probatorio disponible, cuestiones todas ellas sobre las que no se ha entablado debate en casación.

OCTAVO.- Conclusiones.

De lo expuesto en los apartados anteriores se derivan las siguientes conclusiones, que encontrarán reflejo en la parte dispositiva de esta sentencia:

1ª) La sentencia recurrida debe ser casada y anulada.

2ª) Procede que ordenemos retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se resuelva lo que proceda, en el bien entendido de que la nueva sentencia que dicte no podrá considerar que existió un cambio de calificación jurídica que exigiese un nuevo trámite de audiencia, al haber quedado ya resuelta esta cuestión en el presente recurso de casación.

NOVENO.- Sobre las costas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas, en particular cuando, como aquí sucede, lo que vamos a acordar en la parte dispositiva es la devolución de las actuaciones a la Sala de la Audiencia Nacional para que dicte nueva sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo de las normas establecidas en el fundamento jurídico quinto:

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 468/2014, que se casa y anula.



2º) Se ordena devolver las actuaciones al Tribunal de instancia del que proceden para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo según proceda sobre los restantes motivos de impugnación planteados en la instancia, en el bien entendido de que la nueva sentencia que dicte no podrá considerar que existió un cambio de calificación jurídica que exigiese un nuevo trámite de audiencia, al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.

3º) Sin hacer imposición a ninguna de las partes de las costas en casación.

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^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ