



Roj: **STS 4269/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4269**

Id Cendoj: **28079130032018100430**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **6196/2017**

Nº de Resolución: **1745/2018**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3376/2017,**
ATS 1139/2018,
STS 4269/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.745/2018

Fecha de sentencia: 10/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6196/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

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

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 6196/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1745/2018

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 10 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6196/2017 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo 409/2014. Se ha personado como parte recurrida MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A., representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 21 de julio de 2017 (recurso contencioso-administrativo 409/2014) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A., contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 284.048,14 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, resolución que anulamos por ser contraria a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada>>.

SEGUNDO.- La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia impuso a Maderas de Miguel Carretero, S.A. la sanción de multa de 284.048,14 euros.

Los hechos que determinaron la incoación del expediente sancionador y las conclusiones recogidas en la resolución administrativa sancionadora aparecen sintetizados en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO.- En dicha resolución se reflejan como hechos probados, partiendo del pliego de concreción de hechos que fue notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Consejo con fecha 10 de agosto de 2012, y de la información que consta en el expediente, que en el año 2008 se constituyó la empresa ASERRADERO SAN LEONARDO, S.L., dedicada a aserrar madera exclusivamente para CARRETERO, constituyendo su actividad principal la serrería de primera transformación de madera y actividades complementarias, como la fabricación y venta de palés de madera. Destaca que en el año 2010 contaba con 9 empleados y facturó 2.974.587 €. CARRETERO, con una cuota, en el año 2011, del 4% en la fabricación de palés de madera EUR/EPAL.

La resolución sancionadora, tras describir cada una de las entidades intervinientes en las prácticas prohibidas, analiza el mercado de producto relevante afectado en este expediente, que es el de la fabricación y distribución de palés de madera, modelo europalé, con licencia de calidad controlada EUR/EPAL, otorgado por EPAL, Asociación europea sin ánimo de lucro que agrupa a fabricantes, comerciantes, reparadores, utilizadores de paletas EUR y materiales auxiliares de calidad controlada.

Así, pone de manifiesto que tiene por misión garantizar la calidad de la paleta EUR, así como la marca comercial y de calidad y fiabilidad EPAL. Para cumplir con esta finalidad, cuenta con unos Comités Nacionales en cada uno de los 18 países europeos miembros de esta Asociación.

En el caso de España, CALIPAL es el comité nacional que se encarga de hacer un seguimiento del control de la calidad y cumplimiento de la reglamentación técnica de EPAL.

De acuerdo con la información aportada por las empresas que utilizan estos productos, los palés con calidad controlada EUR/EPAL son palés reconocidos como intercambiables, con un buen mercado de reutilización y de segunda mano.



Según EPAL, la vida útil aproximada de un palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL es de seis años con una aplicación aproximada de 15 rotaciones, aunque estas cifras dependen también de las reparaciones que reciban por daños. Eso explica que la demanda real supera el volumen de producción que fue de 66 millones en Europa en 2012 y de 3 millones en España.

El mercado geográfico afectado es el mercado español de fabricación y distribución de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL y es este mercado nacional el mercado geográfico de referencia en este expediente sancionador, afectando a la distribución de dichos palés en todo el territorio español.

Además, como muchas de las empresas adquirentes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL utilizan este tipo de palés para la exportación de sus mercancías, por tener unas características de calidad, homologación, resistencia y proceso de fumigado que lo han convertido en el palé más exigido o reclamado en todo el mercado comunitario, al tratarse de un palé de madera aceptado en toda Europa para el tráfico de mercancías, por permitir su transporte, aceptación, reutilización y retorno, es decir, permitiendo su intercambio junto con las mercancías transportadas, el mercado intracomunitario también estaría afectado por las conductas objeto de este expediente, siendo de aplicación el artículo 101 del TFUE.

La resolución recurrida concluye que:

"Las conductas objeto de sanción constituyen 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, entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; 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 entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A. T.M., BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL".

A juicio del Consejo "... ambas conductas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC , que considera infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

El Consejo entiende probados los hechos por "el contenido de las actas de las reuniones, los correos electrónicos obtenidos en las inspecciones, las anotaciones manuscritas de las empresas, la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad con la que se celebraban los encuentros, las represalias adoptadas contra las empresas incumplidoras de los acuerdos colectivos, o la solicitud de asesoramiento jurídico sobre sus actuaciones a efectos de salvaguardar, al menos aparentemente, el cumplimiento de la normativa de competencia, conductas propias de un cartel".

Y respecto de la concreta participación de la sociedad recurrente, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"MADERAS MIGUEL CARRETERO, S.A., por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y en el intercambio de información relativo a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011".

De las diferentes cuestiones debatidas en el proceso la sentencia recurrida únicamente aborda la referida a si la resolución sancionadora había introducido un cambio en la calificación jurídica de los hechos y, en relación con ello, el alcance que cabía atribuir a lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, faceta esta última que la Sala de instancia había sometido a la consideración de las partes mediante providencia de 15 de julio de 2017. De todo ello se ocupa el fundamento jurídico tercero de la sentencia, que reproduce lo razonado por la propia Sala de la Audiencia Nacional en sentencia de 17 de julio de 2017 (recurso contencioso-administrativo 445/2014) referida al mismo procedimiento sancionador.

De esas razones expuestas en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida -que reiteran lo razonado por la Sala de instancia en su anterior sentencia de 17 de julio de 2017- interesa reproducir aquí los siguientes fragmentos:



<< (...) El precepto citado [artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia] dice que "Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación del art. 51.4 de la Ley 15/2007, vincula la existencia de infracción de dicho precepto a la modificación de los hechos y a que el cambio de calificación jurídica genere indefensión al sometido al expediente sancionador.

Así, la sentencia de 15 de febrero de 2016 rec. 3853/2013, recuerda la de 3 de febrero de 2015, rec. 3854/2013 y rechaza que en el supuesto allí analizado se hubiera infringido el art. 51.4 de la Ley 15/2007 porque "la resolución sancionadora no había modificado los hechos en los que se basaba la imputación, de modo que, en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, tampoco apreciamos que se haya producido indefensión, ya que no se ha justificado que se hubieran menoscabado las garantías procedimentales, o, en particular, que se hubiera restringido la facultad de alegar sobre la valoración jurídica de la conducta sancionable."

Pues bien, en el presente caso, la resolución recurrida se aparta de la propuesta formulada por la Dirección de Competencia y lo explica del siguiente modo:

"La Dirección de Competencia considera que las prácticas investigadas constituyen dos infracciones únicas y continuadas contrarias al derecho de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. En este sentido, la propuesta de resolución indica que ha quedado probado que no existe un vínculo de complementariedad o plan común entre estas dos infracciones, sin perjuicio de que en ambas infracciones hayan participado algunas de las entidades incoadas y con independencia de la distinta participación temporal por parte de las entidades imputadas en este expediente.

En relación con el cartel de fijación de precios y condiciones comerciales, la Dirección de Competencia considera que ha quedado acreditado que los acuerdos entre las empresas incoadas constituyen una infracción única, compleja y continuada en el tiempo, por cuanto se produjeron, al menos, desde 2005 hasta 2011.

(...) En cuanto a la infracción consistente en el intercambio de información sensible, la Dirección de Competencia considera acreditado que las empresas productoras y/o reparadoras de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL intercambiaron, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011, de forma periódica y actualizada, a través de CALIPAL, información exhaustiva sobre el volumen de fabricación mensual de cada uno de ellos, lo que les permitía conocer la cuota y la facturación de sus directos competidores, reduciendo así sensiblemente la incertidumbre sobre cuál iba a ser la política comercial efectiva que iban a desplegar dichas empresas.

Es decir, la propuesta de resolución aprecia un cártel de fijación de precios y condiciones comerciales de 2005 hasta noviembre de 2011 y, adicionalmente, un intercambio de información comercialmente sensible sobre cifras de producción y/o reparación de palés, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011".

Sin embargo, para la Sala de Competencia "la totalidad de los hechos descritos deben considerarse una infracción única y continuada, de naturaleza ciertamente compleja, en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos diferenciados como los descritos, sin que pueda aseverarse que nos encontramos ante conductas autónomas e independientes entre sí, que pudieran ser valoradas cada una como infracciones únicas y continuadas de naturaleza independiente.

Tras analizar los criterios sentados en varias sentencias de ésta Sección, la Sala de competencia afirma que "El examen de las conductas, a la luz de la jurisprudencia citada, permite concluir que debe considerarse una infracción única y continuada al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad. Por ello, no puede aceptarse la existencia de dos infracciones autónomas sino de dos conductas diferenciadas subsumidas en una única infracción continuada en el tiempo, existente desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011 a través de diferentes fases y acuerdos, que la dotan de especial y esencial complejidad, sin que pueda aseverarse la indispensable ausencia de vínculos entre el intercambio de información sensible y el cártel de fijación de precios para su caracterización como infracciones diferenciadas.

Si bien la distinta duración e intensidad de las prácticas, sus características específicas y la diversidad de métodos empleados han conducido a la Dirección de Competencia a su consideración como conductas autónomas, diversos elementos de unidad de actuación y finalidad abogan por su reconducción hacia una única infracción continuada de naturaleza compleja.

En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas. Así, doce de las entidades imputadas por su participación en el cártel (todas excepto TOLE) participaron también en el



intercambio de información comercial sensible. Asimismo, de las 25 entidades imputadas por su participación en el intercambio de información, 21 también participaron en el cártel de precios, si bien dicha práctica, considerada como infracción individual, habría prescrito para siete de las mismas.

En segundo lugar, si bien la ejecución de ambas conductas tuvo una duración diferente, iniciándose el intercambio de información en 1998 y el cártel en 2005, el análisis de los hechos permite considerar que ambas conductas constituyen 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 apoyándose ambas conductas desde entonces para dotar de transparencia y falta de competencia al mercado afectado.

De hecho, en un mercado con un producto estandarizado como es el de los palés de calidad EUR/EPAL, el intercambio de información sobre la producción individual propiciado por la propia asociación y, por lo tanto, la disponibilidad de esta información para todos los operadores, contribuye a aumentar la transparencia del mercado y facilita adicionalmente el desarrollo de un acuerdo en precios ya que contribuye a reducir los costes de su funcionamiento -porque permite hacer un seguimiento del comportamiento de los participantes en el mismo- y, por ello, aumenta los beneficios esperados de este acuerdo.

Así pues, 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."

Considera por ello la resolución aquí impugnada que "las prácticas analizadas constituyen una única infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales, bajo la participación determinante de CALIPAL."

QUINTO .- De éste modo, en el Fundamento Jurídico Quinto, la resolución aquí recurrida precisa que:

"El Consejo considera que ha quedado 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.

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, entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; 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 entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A.T.M., BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL."

Vamos a analizar ahora como opera el cambio de calificación jurídica en el caso de PALLETS TAMA, la entidad aquí recurrente.

La propuesta de resolución la imputa:

"su participación en el cártel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011 y 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 julio de 1998 hasta octubre de 2008."

Sin embargo, la resolución recurrida la sanciona:

"por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011."

Esta modificación es relevante, porque implica una ampliación de los hechos ya que frente a las dos conductas que se le imputaban inicialmente la resolución recurrida la sanciona por su participación en una infracción única, continuada y compleja de fijación de precios e intercambio de información desde el inicio, julio de 1998. Se trata, por tanto, de un cambio relevante de calificación jurídica realizada sin dar previo traslado a

las entidades luego sancionadas para formular alegaciones al respecto y que vulnera lo dispuesto en el art. 51.4 LDC.

No obstante, por lo que se refiere a TAMA, pudiera pensarse que la alteración de la calificación jurídica, no obstante la falta de trámite de audiencia, no le ha originado indefensión alguna pues la resolución recurrida, (folio 104), dice que:

"Por todo ello, esta Sala debe atender la alegación presentada por las entidades TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO y considerar que las prácticas analizadas constituyen una única infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales, bajo la participación determinante de CALIPAL."

Es decir, que el cambio de calificación jurídica se hizo a instancia de tales empresas por lo que habrá que analizar si la resolución impugnada acoge íntegramente esa pretensión, en cuyo caso podríamos entender que, en realidad, la resolución recurrida se ha limitado a asumir tal criterio propuesto por la propia recurrente lo que excluiría la idea de indefensión. Sin embargo, la resolución recurrida únicamente dice que "TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO solicitan que, en el supuesto de que se determine que ha existido un cártel, se considere la existencia de una única infracción."

Es decir, lo que pidió fue el intercambio de información se integrase dentro de la conducta constitutiva de cartel en las fechas en que se entendiera acreditada su participación por lo que no puede sostenerse que el cambio de calificación jurídica se realizó a instancia de TAMA cuando, la resolución sancionadora modifica los hechos, ampliándolos de tal modo que al cambiar la calificación jurídica agrava su situación

Efectivamente, en la propuesta de resolución, a TAMA se le imputa la participación en un cartel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011 y en intercambios de información sobre precios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta octubre de 2008.

Sin embargo, la resolución sancionadora le castiga por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011.

Quiere ello decir, que la resolución sancionadora ha ampliado los hechos que toma como base para sancionar pues da por sentado que TAMA formó parte del plan preconcebido instrumentado en las dos conductas descritas desde su origen, en 1998 y no desde 2005, como indicaba la propuesta de resolución, introduciendo así, mediante la ampliación de los hechos una alteración sustancial en la calificación jurídica que obligaba, a dar traslado a TAMA de dicho cambio para que pudiera formular alegaciones a la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 de la Ley 15/2007.

La omisión de dicho trámite, constituye una infracción sustancial, causante de indefensión que determina la nulidad de la resolución sancionadora.

SEXO.- Debe tenerse en cuenta, además, que llegamos a ésta conclusión no solo a través de la aplicación del art. 51.4 de la Ley 15/2007, pues sobre la cuestión relativa a si en los expedientes sancionadores la Administración puede, sin dar audiencia al expedientado, imponer finalmente mayor sanción que la anunciada en la propuesta de resolución se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, rec. 336/2013. En ella recuerda que:

A) El Tribunal Constitucional ha tratado de esta cuestión, entre otras, en sentencias 29/1989, de 6 de Febrero; 98/1989, de 1 de Junio; 145/1993, de 26 de Abril; 160/1994, de 23 de Mayo; 117/2002, de 20 de Mayo; 356/2003, de 10 de Noviembre (auto); 55/2006, de 27 de Febrero y 169/2012, de 1 de Octubre.

B) Aparte de la conocida conclusión de que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución son trasladables al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pero con ciertos matices, (derivados sobre todo del hecho de que el procedimiento sancionador administrativo no conoce una diferenciación tajante entre instrucción, acusación y decisión), se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:

1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.



2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.

3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución, siempre que no se altere la calificación jurídica del hecho imputado y la sanción se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo sancionador.

B) También este Tribunal Supremo ha estudiado repetidamente el problema que nos ocupa, por ejemplo en sentencias, entre otras, de 19 de Junio de 1993 (recurso nº 2702/1988); 21 de Abril de 1997 (recurso nº 191/1994); 19 de Noviembre de 1997 (recurso nº 536/1994); 3 de Marzo de 1998 (recurso nº 606/1994); 23 de Septiembre de 1998 (recurso nº 467/1994); 30 de Diciembre de 2002 (recurso nº 595/2000); 3 de Noviembre de 2003 (recurso nº 4896/2000); 2 de Marzo de 2009 (recurso nº 564/2007); 2 de Noviembre de 2009 (recurso nº 611/2007); 14 de Diciembre de 2011 (recurso nº 232/2011); 18 de Junio de 2013 (recurso nº 380/2012); 30 de Octubre de 2013 (recurso nº 2184/2012) y 21 de Mayo de 2014 (recurso nº 492/2013).

De este cuerpo de doctrina extraemos las siguientes conclusiones:

1ª.- La imposición de una sanción más grave que la anunciada en la propuesta de resolución exige nuevo trámite de audiencia si ello deriva de hechos distintos a los contenidos en la propuesta o si es consecuencia de una modificación de la calificación jurídica de los mismos.

2ª.- Tampoco puede imponerse sanción más grave sin previa audiencia, si ello es consecuencia del rechazo de circunstancias modificativas que hubieren sido tenidas en cuenta en la propuesta de resolución. (En concreto, las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 2013 -recurso nº 2184/2012- y 21 de Mayo de 2014 -recurso nº 492/2013-, se refieren a una causa de atenuación de la responsabilidad, regulada en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que fue apreciada en la propuesta de resolución y rechazada, sin audiencia previa, en la resolución sancionadora).

3ª.- La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar si es necesaria una repetición del trámite de audiencia cuando la resolución sancionadora asume los hechos tal como los refirió el instructor en su propuesta y tampoco varía su calificación jurídica, apartándose de la propuesta únicamente en la determinación del exacto importe de la sanción dentro del abanico o intervalo correspondiente a esa calificación jurídica. No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente se inclina por exigir también en estos casos un nuevo trámite de audiencia."

En el caso al que se refiere esta sentencia, la resolución sancionadora incrementaba la sanción sobre la propuesta de resolución lo que anula el Tribunal Supremo-- en virtud de "un factor de agravación de la sanción, que no constituye en realidad un hecho, sino un juicio de valor sobre las consecuencias de un hecho (la no abstención), no un juicio jurídico, sino un juicio producto de la aplicación a un hecho de las normas de la experiencia. Pero, en todo caso, un juicio y una conclusión que no se encontraban en la propuesta de resolución y que ha servido al órgano decisor para agravar casi en una mitad más la sanción propuesta, sin que sobre ello hubiera tenido oportunidad la expedientada de hacer alegaciones".

Como vemos, en derecho administrativo sancionador, con carácter general, se extreman las garantías hasta el punto de que la nueva o diferente valoración jurídica de un hecho que consta en la propuesta de resolución impone la necesidad de otorgar trámite de alegaciones al afectado por lo que, con mayor razón habrá de hacerse, al amparo del art. 51.4 de la Ley 15/2007, precepto específico en éste ámbito cuando en la resolución sancionadora se produce una ampliación del ámbito temporal de los hechos sobre los que se fundamenta la sanción.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución pero, al afirmar ahora que TAMA es responsable de una infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011 está ampliando el ámbito temporal de los hechos y agravando la calificación jurídica inicial al poner de manifiesto que desde 1998 TAMA tomó parte en el plan conjunto de actuación que instrumentado en dos fases sucesivas "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."

Esta nueva calificación jurídica como infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado



precios y otras condiciones comerciales agrava la imputación inicial de TAMA, concretada en la propuesta de resolución, al considerar acreditado que formó parte de aquel plan preconcebido desde 1998 con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles reclamaciones por daños que puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, además de que la ampliación de los hechos posibilita un incremento de la sanción respecto de la que procedería según la propuesta inicial.

Ha de insistirse en que no se discute la calificación jurídica que efectúa la resolución sancionadora sino en que, a la vista de la trascendencia de la modificación efectuada, prescinda del trámite de audiencia como impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007.

SÉPTIMO. - Por lo demás, el presente caso, es diferente al enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, rec.5106/2009 en el que dicha sentencia aborda el problema, en relación con una conducta de abuso de posición de dominio, de si se produjo por el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración sustancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

[...]

La diferencia estriba, insistimos, en la omisión del trámite de audiencia que impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007 frente al cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia que impidió a TAMA formular alegaciones y defenderse.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a PALLET TAMA, sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda".

Como decimos, tales consideraciones son aplicables al supuesto de autos al haberse producido, también en el caso de MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A., la misma omisión del trámite de audiencia. En consecuencia, procede la estimación de su recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a la entidad actora, sin necesidad de examinar el resto de los motivos esgrimidos en la demanda>>.

Por tales razones la Sala de instancia estima el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución sancionadora.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de la Administración del Estado, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 9 de febrero de 2018 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 9 de febrero de 2018 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 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 o varias infracción/es única/s y continuada/s 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 >>.

CUARTO.- La representación de la Administración del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2018 en el que solicita que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

A/ Que se resuelva la cuestión que ofrece interés casacional en el sentido de declarar que la consideración en la resolución sancionadora que ha existido una infracción única y continuada de naturaleza compleja no supone un cambio en la calificación jurídica de los hechos ni ha ocasionado indefensión.

B/ Que se anule la sentencia recurrida devolviendo los autos y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Sala de la Audiencia Nacional resuelva las demás pretensiones ejercitadas por la demandante.

C/ Subsidiariamente, si se estimar que se ha producido indefensión, que se anule la sentencia recurrida y en su lugar, con estimación parcial del recurso, se ordene la retroacción del procedimiento sancionador a efectos de que por la CNMC se otorgue el trámite de alegaciones previsto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia antes de dictar resolución.



QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de Maderas de Miguel Carretero, S.A. formalizó su oposición mediante escrito presentado el 17 de abril de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 3 de mayo de 2018 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 13 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, y habiendo sido examinados de manera conjunta los recursos contencioso-administrativos 5329, 5340, 5620, 5614, 5621, 5623, 5635, 6196, 6224, todos ellos de 2017, promovidos por distintos recurrentes contra sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional referidas a la misma resolución sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 6196/2017 lo interpone la representación de la Administración del Estado. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2017 (recurso 409/2014) en la que, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad mercantil, se anula la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de octubre de 2015 en la que se impuso a Maderas de Miguel Carretero, S.A. una sanción de 284.048,14 euros.

SEGUNDO.- En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que ofrece la sentencia recurrida para estimar el recurso y anular la resolución sancionadora.

En síntesis, la Sala de instancia señala que la propuesta de resolución imputaba a la recurrente -así como a otras empresas- "su participación en el cártel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011 y 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 julio de 1998 hasta octubre de 2008"; y que, en cambio, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo sanciona "por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011." La Sala de la Audiencia Nacional considera que se trata de una modificación relevante porque implica una ampliación de los hechos, ya que frente a las dos conductas que se le imputaban inicialmente la resolución recurrida la sanciona por su participación en una infracción única, continuada y compleja de fijación de precios e intercambio de información desde el inicio, julio de 1998.

Concluye por ello la Sala sentenciadora señalando que se trata de un cambio relevante de calificación jurídica que ha sido realizado sin dar previo traslado a las entidades luego sancionadas para formular alegaciones al respecto y que vulnera lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia ["Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas"]. Y es la omisión de este trámite de audiencia previsto en el precepto la que lleva a la Sala de instancia a anular la sanción impuesta a Maderas de Miguel Carretero, S.A.

Siendo ese el núcleo de la decisión adoptada por la Sala de instancia, en el antecedente tercero hemos visto que el auto de la Sección Primera de esta Sala de 9 de febrero de 2018, en el que se acuerda la admisión a trámite del presente recurso, declara 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 o varias infracción/es única/s y continuada/s 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.

En fin, en el antecedente séptimo hemos dejado señalado que esta Sala del Tribunal Supremo ha examinado de manera conjunta los recursos contencioso-administrativos 5329, 5340, 5620, 5614, 5621, 5623, 5635, 6196, 6224, todos ellos de 2017, promovidos por distintos recurrentes contra sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional referidas a la misma resolución sancionadora. Precisamente por ello, buena parte de las



consideraciones que expondremos a continuación son coincidentes con las que hemos expuesto en nuestra sentencia 1700/2018, de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2018).

TERCERO.- Sobre el cambio de calificación de la conducta infractora en el supuesto de autos.

Como señala la sentencia recurrida, la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consideró que la empresa recurrente y otras entidades también sancionadas habían incurrido en una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y al 101 del TFUE "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, entre las empresas [...], todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL"; 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 entre [...], junto con CALIPAL" (fundamento quinto de la resolución sancionadora).

Esta calificación suponía un cambio respecto a la propuesta de resolución efectuada por la Dirección de Competencia, que había considerado que tales actuaciones de las empresas constituían dos infracciones continuadas separadas, cada una con la duración indicada (fundamento tercero de la resolución sancionadora).

No hay duda ni controversia pues sobre que la Sala de Competencia modificó la calificación jurídica de los hechos, pues en vez de considerar las conductas sancionadas integrantes de dos infracciones continuadas independientes (acuerdo de precios y condiciones comerciales e intercambio de informaciones), pasó a calificar los mismos hechos como una infracción compleja, única y continuada, compuesta por las dos conductas referidas.

Conviene subrayar, sin embargo, que la Sala de competencia, al considerar que se trataba de una infracción única compleja, no modificó la descripción de los hechos ni la duración de las dos conductas (cartel e intercambio de información), sino que consideró que se trataba de actuaciones sucesivas, parcialmente coincidentes en el tiempo, encaminadas a unos mismos objetivos y, en definitiva, no deslindables como conductas separadas entre sí.

Por otra parte, también es un hecho cierto y no discutido que el referido cambio de calificación se hizo directamente en la resolución sancionadora, sin que previamente se hubiera habilitado un trámite específico de audiencia a las empresas sometidas al expediente para que pudiesen alegar sobre el cambio de calificación antes de que se dictase la resolución sancionadora.

En definitiva, la cuestión controvertida no es tanto si hubo o no cambio de calificación, lo que está fuera de duda, sino si el cambio que efectivamente se produjo causó indefensión a la entidad aquí recurrente.

CUARTO.- Sobre la jurisprudencia relativa al trámite de audiencia del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de resolución del procedimiento sancionador por parte del Consejo de la anterior Comisión Nacional de la Competencia, hoy correspondiente a la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Su apartado 4 establece lo siguiente:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

El precepto coincide con lo que establecía el artículo 43.1 de la anterior Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en relación con el eventual cambio de calificación por parte del anterior Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyo tenor literal era el siguiente:

"1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver".

Pues bien, en relación con este precepto de la Ley de 1989 esta Sala había declarado que en supuestos de un cambio de calificación, sin modificación de los hechos, la omisión del citado trámite de audiencia no conllevaba



la invalidez de la resolución sancionadora en tanto no se hubiera producido indefensión. Así, en la sentencia de 30 de enero de 2012 (casación 5106/2009).

Siendo ya de aplicación lo dispuesto en el artículo 51.4 de la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013, F.J. 4º), señala:

<< (...) Tal como hace la sentencia impugnada, asumiendo de forma expresa los términos que reproduce de una sentencia anterior en la que se desestimó el recurso de otra de las empresas sancionadas, hay que rechazar la queja de indefensión. En efecto, en ningún caso se ha producido en la resolución sancionadora un cambio respecto a los hechos en los que se basa la imputación, y el cambio de calificación jurídica (varias infracciones o infracción continuada) no ha supuesto una alteración de los términos del debate. Esto es así, tal como se refleja en las consideraciones de la resolución sancionadora contenidas en el fundamento de derecho tercero relativo a las alegaciones de las partes (epígrafe "calificación" de la información), de donde resulta que la cuestión sobre la existencia de uno o varios cárteles y, en definitiva, de varias infracciones o una infracción continuada estuvo presente en la tramitación del expediente. Así pues, resulta evidente que si la resolución sancionadora finalmente acogió una tesis calificadora entre las que se debatieron durante la investigación, difícilmente puede la recurrente alegar que dicho cambio resultó una alteración de los términos del debate o que le causase indefensión. Debe pues rechazarse el motivo>>.

Y ese mismo razonamiento aparece reproducido en sentencia de 22 de junio de 2015 (casación 1036/2013, F. J. 5º).

Más recientemente, en un procedimiento de derechos fundamentales, la sentencia de esta Sala, Sección 4ª, de 15 de octubre de 2018 (casación 1840/2017) señala lo siguiente:

"(...) NOVENO.- La posición de la Sala.

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

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

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

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

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

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

Recapitemos. El artículo 51.4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia -como el 43.1 de la anterior Ley- 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. La previsión de dicho trámite tiene pleno sentido pues si el legislador ha previsto que los sujetos expedientados conozcan y puedan alegar sobre la propuesta de resolución es porque entiende que dicha posibilidad constituye una exigencia del principio de defensa. Consiguientemente, 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 natural que dicha modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente. En efecto, un cambio de calificación, aun en el caso de que no se vea acompañada por una modificación de los hechos, puede suponer, en principio, un cambio también en la sanción que haya que imponer. Y en todo caso, aun en el supuesto en que no suponga una agravación de la sanción, parece natural y lógico que los expedientados puedan alegar sobre algo de tanta relevancia jurídica como lo es la determinación precisa de la infracción que se les imputa.

Como hemos señalado en nuestra sentencia 1700/2018, de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2017), a la que ya nos hemos referido, no cabe duda de que la omisión de dicho trámite constituye una infracción procedimental contraria a derecho. Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia que hemos reseñado, 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.

QUINTO.- Sobre la existencia o no de indefensión en el caso de autos.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, procede ahora verificar si en el caso que estamos examinando la empresa recurrente ha podido sufrir indefensión, como se afirma en la sentencia de instancia, o si, por el contrario, puede excluirse con certeza que haya sufrido perjuicio alguno en su derecho de defensa.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida -que, como vimos, reproduce lo razonado por la propia Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia de 17 de julio de 2017 -que resolvió el recurso contencioso-administrativo 445/2014 interpuesto por Pallet Tama, S.A., otra de las empresas sancionadas en la misma resolución de la CNMC-, la Sala de instancia señala que la resolución sancionadora, al castigar a la recurrente por su participación en una infracción única y continuada ha ampliado los hechos "(...) pues da por sentado que Tama formó parte del plan preconcebido instrumentado en las dos conductas descritas desde su origen, en 1998 y no desde 2005, como indicaba la propuesta de resolución, introduciendo así, mediante la ampliación de los hechos una alteración sustancial en la calificación jurídica que obligaba a dar traslado a Tama de dicho cambio para que pudiera formular alegaciones a la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 de la Ley 15/2007".

Por lo pronto, tal afirmación no puede ser compartida pues, como hemos visto en el fundamento de derecho tercero, la transformación de las dos infracciones en una única y compleja no alteró la duración de cada una de las dos conductas que la integran (intercambio de información de 1998 a 2011 y cartel de 2005 a 2011), aunque la Sala de Competencia les atribuye una unidad de actuación y finalidad y una estrecha interrelación que le conducen al cambio de calificación a una infracción única y compleja.

Además, al igual que hemos apreciado en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2017) con relación a la empresa Pallet Tama, S.A., también en el caso que ahora nos ocupa concurren circunstancias que llevan a excluir la existencia de indefensión, pese a que la representación de Maderas de Miguel Carretero, S.A. ha venido alegando -tanto en el proceso de instancia como en su escrito de oposición al recurso de casación- diversos perjuicios potenciales como consecuencia de que la resolución sancionadora haya pasado de la doble infracción por sendas conductas anticompetitivas continuadas a una única infracción compleja y continuada.

Sucede que, como la propia sentencia recurrida señala -citando los fundamentos cuarto y quinto de la resolución sancionadora-, durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador cuatro de las empresas sujetas al expediente -las citadas Pallet Tama, S.A. y Maderas de Miguel Carretero, S.A. así como las entidades Cuellar y Hemasa- solicitaron expresamente que, de entenderse que había existido un cartel, se considerase la existencia de una única infracción y no dos, como se sostenía en la propuesta de resolución. Con ello queda de manifiesto que la alternativa de si los hechos constituían dos infracciones, como figuraba en la propuesta, o bien una única infracción compleja y continuada, como finalmente acordó la resolución sancionadora, fue una cuestión debatida por la recurrente. Por tanto, la Sala de instancia se confunde, no sólo al asegurar que hubo cambio en los hechos sino también al entender que la actora sufrió indefensión. En efecto no puede sostenerse que Maderas de Miguel Carretero, S.A. haya sufrido indefensión por haber sido sancionada con la calificación jurídica de una infracción única y compleja que abarca todas las conductas infractoras cuando ella misma solicitó que, de admitirse la existencia de cartel, ambas actuaciones -intercambio de información y cartel- se considerasen una única infracción, lo que suponía, evidentemente, integrar ambas prácticas anticompetitivas y calificarlas como una infracción única compleja.

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación.

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 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.

SÉPTIMO.- Trasladando esa interpretación al presente recurso, las razones que hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto llevan a concluir que en el caso concreto de la empresa Maderas de Miguel Carretero, S.A. la omisión de aquel trámite de audiencia no le ha causado indefensión, por lo que constituye una anomalía procedimental a la que no cabe atribuir relevancia invalidante.

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

OCTAVO.- 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.

En efecto, además de la cuestión que hemos examinado en casación, en la demanda presentada en el proceso de instancia la representación de Maderas de Miguel Carretero, S.A. esgrimía diversos motivos o argumentos de impugnación como son los relativos a: denegación injustificada de pruebas propuestas en vía administrativa; inexistencia de la infracción de cartel; prescripción de la infracción; a título subsidiario, inexistencia de la infracción desde el 14 de septiembre de 2009; y, en fin, erróneo cálculo de la sanción de 284.04814 euros.

Tales argumentos de impugnación que acabamos de señalar 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 de la empresa Maderas de Miguel Carretero, 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 de casación 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.

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

1/ La sentencia recurrida debe ser casada y anulada.

2/ Procede que ordenemos retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sección 6ª 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 declarar la existencia de indefensión por inobservancia del trámite previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al haber quedado ya resuelta esta cuestión en el presente recurso de casación.

DÉCIMO.- 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.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO



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

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 6196/2017 interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2017 (recurso contencioso-administrativo 409/2014), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Se ordena devolver las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo según proceda, sin que la sentencia que dicte pueda declarar la existencia de indefensión por inobservancia del trámite previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al haber quedado ya resuelta esta cuestión en el presente recurso de casación.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Mª Isabel Perelló Doménech Diego Cordoba Castroverde

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que certifico.