



Roj: **STS 4275/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4275**

Id Cendoj: **28079130032018100433**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **6224/2017**

Nº de Resolución: **1746/2018**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3384/2017,**
ATS 1148/2018,
STS 4275/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.746/2018

Fecha de sentencia: 10/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6224/2017

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.: 6224/2017

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. 1746/2018

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 6224/2017 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado 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 dictada en el recurso contencioso-administrativo 403/2014. Se ha personado como parte recurrida EMBALAJES NOVALGOS, S.A., representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 21 de julio de 2017 (recurso contencioso-administrativo 403/2014) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. D. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de EMBALAJES NOVALGOS, 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 98.18620 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 Embalajes Novalgos, S.A. la sanción de multa de 98.18620 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 Embalajes Novalgos, S.A., es una empresa cuya actividad principal es la fabricación y venta de embalajes de madera. En el año 2010 contaba con 17 empleados y facturó 3.691.914,76€. Ha tenido entre el 5 y el 2% de cuota de mercado entre 2005 y 2010. En los tres primeros trimestres de 2011 tenía una cuota del 3% y 75.840 unidades en la fabricación de palés de madera de calidad controlada 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.

En cuanto a la concreta participación de la sociedad recurrente, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"EMBALAJES NOVALGOS, S.A., 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 abril de 2005 hasta octubre de 2008">>.

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 468/2014) 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 la sentencia dictada en el recurso 468/2014, que había sido interpuesto por otra de las empresas sancionadas, la entidad Ebaki XXI, S.A.- interesa reproducir aquí los siguientes fragmentos:

<< (...) 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 EBAKI XXI, SA, la entidad aquí recurrente.

La propuesta de resolución la imputa:

"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.

Por su parte, la resolución recurrida 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."

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.



SEXTO.- 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 EBAKI XXI S.A. 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 EBAKI XXI S.A., 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, en el caso de EMBALAJES NOVALGOS, S.A., la misma omisión del trámite de audiencia. La situación es, en lo sustancial, idéntica, por lo que procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta, 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 27 de febrero 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 Embalajes Novalgos, S.A. formalizó su oposición mediante escrito presentado el 27 de marzo 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 5 de abril 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.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 6224/2017 lo interpone la representación de Embalajes Novalgos, S.A. 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 403/2014) 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 22 de septiembre de 2014 en la que se impuso a Embalajes Novalgos, S.A. una sanción de 98.18620 euros.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, 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. En el auto de admisión, en consonancia con el criterio mantenido en otros recursos de casación referidos a este mismo expediente administrativo sancionador (Expediente 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.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (casación 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 (SsTS de 30 de enero de 2012 (casación 5160/2009), 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013, f.j 4º), 22 de junio de 2015 (casación 1036/2013, f.j 5º) y 15 de octubre de 2018 (casación 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.

La especialidad de este recurso que ahora nos ocupa radica, según sostiene el Abogado del Estado, en considerar que en el caso de la empresa Embalajes Novalgos, 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 sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (casación 6196/2017) resulta aplicable al caso que nos ocupa, pues si llegamos 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 art. 51.4 de la LDC resultaría inaplicable y, por ende, habría que casar la sentencia impugnada.

Pues bien, en el caso de la empresa Embalajes Novalgos, 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 Embalajes Novalgos, 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 art. 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia; y ello por las razones que antes hemos reseñado y de las que interesa recordar los siguientes fragmentos:

<<"... 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 contradicción entre la calificación de la infracción y la sanción que finalmente se impone a la actora 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."

Por ello la Sala de instancia concluye que "... 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".>>

Pues bien, este razonamiento de la Sala de la Audiencia Nacional 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, que, 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 palés de madera; y, por otra parte, 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 la resolución sancionadora hace responsables a todas las empresas 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 debe responder cada una de las empresas implicadas y la conducta que se 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 al 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 Embalajes Novalgos, S.A. por una infracción de naturaleza compleja y, por tanto, no cabe entender que se produjese un cambio en la calificación jurídica, respecto a la propuesta de resolución, que exigiese un nuevo trámite de audiencia.



La explicación de esta remisión a lo razonado en el fundamento quinto de la resolución 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.

TERCERO.- 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 sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2018 (casación 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (casación 6196/2017).

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.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- 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 Embalajes Novalgos, S.A. esgrimía diversos motivos o argumentos de impugnación como son los relativos a: inexistencia de la infracción por intercambio de información; procedencia de anulación de la multa por ausencia de motivación y arbitrariedad en su sistema de cálculo; y, subsidiariamente, aplicación del principio de proporcionalidad a la sanción impuesta.

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 Embalajes Novalgos, 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.



SEXTO.- 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 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.

SEPTIMO.- 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 6224/2017 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 403/2014), 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 que existió un cambio de calificación jurídica que exigiese un nuevo trámite de audiencia conforme a lo 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

Maria Isabel Perello Domenech 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.