



Roj: **STS 4283/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4283**

Id Cendoj: **28079130032018100437**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **5623/2017**

Nº de Resolución: **1727/2018**

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

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3221/2017,**
ATS 753/2018,
STS 4283/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.727/2018

Fecha de sentencia: 05/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5623/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 5623/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1727/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 5623/2017, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 446/14, sobre Sanción de la CNMC. Se ha personado como parte recurrida el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en representación de ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL).

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 446/14 seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL), contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 22 de septiembre de 2014, en el expediente S/0428/12 "PALÉS", por la que se impone a varias empresas una sanción, y en concreto, a CALIPAL, la multa de 400.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en la participación en la infracción única y continuada de naturaleza compleja en la fijación de precios y condiciones comerciales y 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 julio de 1998 hasta noviembre de 2011.

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 19 de julio de 2017, cuya parte dispositiva acuerda:

" FALLAMOS: QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, actuando en nombre y representación de ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL) contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en el expediente S/0428/12-Palés, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 400.000 Euros por la comisión 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, resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con imposición de costas a la Administración demandada"

Contra la referida sentencia, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO preparo recurso de casación que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la Administración del Estado y Asociación Calipal España, comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo.

La ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, en su escrito de interposición del recurso de casación, consideró infringidos los artículos siguientes:

-infracción del art. 51.4 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con las sentencias que lo interpretan de la Sala, entre otras las de 15 de febrero de 2016 (recurso 3853/2013), de 30 de junio de 2015 (recurso 844/2013), de 19 de junio de 2015 (649/2013), de 3 de febrero de 2015 (recurso 3854/2013) y 14 de febrero de 2007 (recurso 974/2004).

En relación a los arts. 71.1, 72.1 y 73.1 LDC y a la disposición final 5 del RD-L 9/2017, de 26 de mayo, que modifica la LDC.

- La disposición transitoria 1 del mismo RD-L 9/2017, que establece que no tienen efecto retroactivo las modificaciones que introduce en la LDC.



Este RD-L en su art. 3 modifica la LDC, introduciendo un Título VI nuevo que comprende los nuevos arts. 71 a 81.

- El art. 22 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento y el Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que fue objeto de trasposición por el RD-L 9/2017.

- El art. 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, (hoy 51 de la Ley 39/2015, de octubre).

Considera que la sentencia recurrida funda la estimación del recuso en que se ha infringido el artículo 51.4 LDC, al entender que se ha producido un cambio de calificación y se debería haber procedido a dar un trámite de alegaciones a los intereses y a la Dirección de Investigación.

La Dirección de Investigación pasó a denominarse Dirección de Competencia por el art. 25.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en cuanto le corresponde la instrucción de los expedientes.

Continúa su alegato manifestando que la sentencia entiende que el cambio de calificación que se refiere a que, en vez de haberse producido dos infracciones únicas y continuadas, se ha dado una sola infracción única y continuada, de naturaleza compleja. Y que la nueva calificación jurídica presenta una valoración distinta con incidencia en posibles reclamaciones futuras de daños conforme al art. 73 de la LDC.

Y que, según la sentencia impugnada, se ha producido una alteración de la calificación jurídica porque (i) se han ampliado los hechos frente a las dos conductas a 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, enero de 2005 y no desde noviembre -se toman las fechas en este recurso-. Produciéndose una ampliación del ámbito temporal de los hechos. (ii) Las posibles reclamaciones por daños que eventualmente puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007. (iii) La ampliación de los hechos posibilita un incremento de la sanción respecto de la que procedería según la propuesta inicial.

La sentencia impugnada, FJ 6º, considera que la configuración de una sola infracción como de naturaleza compleja en lugar de dos infracciones, afecta a la posible responsabilidad civil exigible por terceros perjudicados, en cuanto se configura como solidaria por el artículo 73 LDC. Y se comunicaría la responsabilidad solidaria de una infracción a la otra al unificarse en una sola infracción.

Y solicita los siguientes pronunciamientos:

-Que se resuelva la cuestión que ofrece interés casacional objetivo en el sentido señalado en el apartado Uno.

-Que se anule la sentencia recurrida por vulnerar las normas y jurisprudencia invocadas como infringidas, devolviendo los autos y ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia por la Audiencia Nacional, para que resuelva las demás pretensiones ejercitadas por la demandante.

-Subsidiariamente, si se estimare que se ha producido indefensión, que se anule la sentencia recurrida, dictándose en lugar sentencia por la que con estimación parcial del recurso seguido en instancia se ordene la retroacción del procedimiento sancionador a los efectos de que por la Sala de la Competencia de la CNMC se otorgue el trámite de alegaciones previsto en el artículo 51.4 LDC, antes de proceder a dictar resolución.

Terminando por suplicar dicte sentencia que estime el recurso de casación, fijando la interpretación de las normas y jurisprudencia invocadas en los aspectos que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con lo sostenido en este recurso, anulando la sentencia recurrida en todo caso, con devolución de los autos al Tribunal de instancia para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones suscitadas en la demanda, o, en su defecto se dicte en su lugar sentencia por la que se estime parcialmente el recurso de instancia, ordenando la retroacción de actuaciones del procedimiento sancionador al momento en que se cometió la infracción. Con costas.

CUARTO.- Por Auto de la Sala de admisión de fecha 7 de febrero de 2018, se admitió el recurso de casación, y declaró que la cuestión planteada que presente 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 dos infracciones únicas y continuadas 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."

QUINTO.- Admitido el recurso de casación, la representación procesal de ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL) presento su escrito de oposición el 13 de abril de 2018, suplicando dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación, conforme a lo solicitado en la alegación tercera del escrito de oposición, y se confirme la sentencia recurrida.



SEXTO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2018, en que por reunirse al Sala en Pleno se suspendió, señalándose de nuevo para el día 13 de noviembre de 2018, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales, continuando la deliberación en días sucesivos, 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.- La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 19 de julio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo entablado por la Asociación Calipal España (CALIPAL) y anuló la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de septiembre de 2014, en el expediente S/0428/12 "PALÉS", por la que el órgano regulador había sancionado a la citada mercantil y a otras empresas del sector por una infracción única y continuada, integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de palés de madera de calidad controlada desde noviembre de 2.005 a noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial de cifras de producción y reparación entre julio de 1.998 y noviembre de 2011.

La sentencia impugnada considera que la resolución sancionadora causó indefensión a la mercantil recurrente como consecuencia de haber cambiado la calificación de la conducta anticompetitiva de dos infracciones continuadas independientes a una continuada y compleja, sin haber dado ocasión a la citada compañía para alegar sobre dicha modificación, en contra de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2015, de 3 de julio).

El recurso fue admitido por Auto de 7 de febrero de 2018, en el que se considera que tiene interés casacional para la formación de la jurisprudencia determinar si partiendo de los mismos hechos ha existido un cambio de calificación jurídica y, en tal caso, si el mismo es susceptible de producir indefensión a la vista de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Abogado del Estado sostiene en su recurso que la resolución sancionadora no alteró los hechos que habían sido objeto de debate y en consecuencia, que el cambio de calificación no causó indefensión alguna a la empresa sancionada.

En respuesta a tales cuestiones seguimos la doctrina ya fijada en nuestras sentencias de 30 de noviembre de 2018, nº 1700/18 (RCA 5329/2017) y nº 1702/18 (RCA 5635/2017) que ahora reproducimos.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia justifica la estimación del recurso en las siguientes consideraciones jurídicas:

"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 ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL), 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.

Efectivamente, en la propuesta de resolución, a CALIPAL 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 la 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 CALIPAL 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 CALIPAL 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.

SEXTO.- 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 agravación de la sanción pues de no hacerlo, se origina indefensión, como aquí sucede.

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 CALIPAL 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 CALIPAL 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 CALIPAL, 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 eventualmente 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 sentencia concluye que en aquel supuesto *"ni hubo infracción del principio acusatorio ni se produjo la menor indefensión. En efecto, la operadora eléctrica sancionada conoció en todo momento la imputación efectuada, la cual versó tanto por parte del Servicio como por parte del Tribunal sobre las mismas conductas, y pudo alegar y defenderse antes y después de la modificación de la imputación efectuada por el Tribunal y, en fin, sin que dicha modificación supusiera un cambio sobre las conductas investigadas en el expediente y sobre las que desde el comienzo de la instrucción había alegado"*

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 CALIPAL 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 CALIPAL, sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda." (fundamentos de derecho quinto a séptimo).

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

En el caso que nos ocupa, la calificación de la propuesta de resolución establecía para la Asociación CALIPAL que se le imputaba por su participación en el cártel por la "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 los "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".

Por su parte, la resolución sancionadora recurrida en instancia disponía: "SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Sexto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas: 1. ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA 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 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 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 investigadas constituían dos infracciones continuadas separadas, cada una con la duración indicada.

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 mismo 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 mismo en fase administrativa 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, como alega 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, la sentencia de 30 de enero de 2012 (RC 5106/2009).

Siendo ya de aplicación lo dispuesto en el art. 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."

De modo que 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 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 nuestras sentencias de 30 de noviembre de 2018 (RCA 5329/2017) y (RCA 5635/2017) 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 supuesto que enjuiciamos la asociación 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.

Pues bien, partiendo de que no consta en las actuaciones que la Comisión abriese un trámite de audiencia destinado a que las empresas implicadas formularan alegaciones sobre la posibilidad de apartarse de la calificación jurídica efectuada en la propuesta de resolución, lo que conlleva la infracción del trámite previsto en el art. 51.4 de la LDC, ha de afirmarse que esta infracción generó a la Asociación CALIPAL ESPAÑA, indefensión material pues, a diferencia de otras empresas implicadas en estos hechos, se produjo un cambio en la calificación jurídica de su conducta y dicha asociación no formuló alegación alguna sobre este extremo, lo que le privó de la posibilidad de debatir sobre la incidencia que este cambio podría tener en su responsabilidad por estos hechos y en la sanción que pudiera corresponderle, sin que sea posible descartar en este caso y de forma evidente que ese cambio carezca de transcendencia alguna.

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial sobre 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 la 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 recuso llevan a concluir que en el caso concreto de la Asociación Calipal España la omisión de aquel trámite de audiencia le ha causado indefensión, por lo que constituye una anomalía procedimental tiene relevancia invalidante.

En consecuencia, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado.



OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 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.

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 de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico sexto:

1.- Desestimar el recurso de casación número 5623/2017, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2017, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 446/14.

2.- No hacemos imposición de costas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. María Isabel Perelló Doménech. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Ángel Ramón Arozamena Laso. -D. Fernando Román García. -Firmado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm^a. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.