



Roj: **STS 4289/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4289**

Id Cendoj: **28079130032018100442**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **5635/2017**

Nº de Resolución: **1713/2018**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3374/2017,**
ATS 1146/2018,
STS 4289/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.713/2018

Fecha de sentencia: 03/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5635/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: SALA C/A. SECCION 6

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 5635/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1713/2018

Excmos. Sres. y Excma. 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 3 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5635/2017, por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contra la sentencia de 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 424/2014, contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 437.971,02 € 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011 y solidariamente su matriz Inversiones Grupo Saiz SLU desde mayo de 2010 hasta noviembre de 2011.

Han intervenido como partes recurridas las entidades Inversiones Grupo Saiz, S.L. y Maderas José Saiz, S.L., representadas por el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme y bajo la dirección letrada de doña Gema Uriarte Mazón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 19 de junio de 2017 (rec. 424/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Inversiones Grupo Saiz, S.L. y Maderas José Saiz, S.L, contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso a Maderas José Saiz, S.L una sanción de multa de 437.971,02 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011, y solidariamente su matriz, Inversiones Grupo Saiz, S.L., desde mayo de 2010 hasta noviembre de 2011.

La sentencia de instancia, tras exponer los antecedentes del caso y dejar constancia de que, por providencia de 15 de junio de 2017, decidió oír de nuevo a las partes sobre el alcance que pudiera tener en la resolución sometida a su enjuiciamiento el artículo 51.4 de la Ley 15/2007 -precepto cuyo tenor "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"- concluye que en el presente caso se ha producido un cambio de calificación jurídica que impidió a la recurrente formular alegaciones y defenderse. Aunque pudiera entenderse que ello no es así, atendiendo a la imputación que se contiene en la propuesta de resolución y en la resolución recurrida, la Sala considera que ha existido ese cambio de calificación jurídica con base en los siguientes razonamientos:

"[...] 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011".

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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011".

Esta modificación la considera 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 abril de 2005. 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 artículo 51.4 LDC".

Por ello, la sentencia concluye que "La omisión de dicho trámite, constituye una infracción sustancial, causante de indefensión que determina la nulidad de la resolución sancionadora".

SEGUNDO. El Abogado del Estado en su recurso de casación considera que la sentencia infringe:

a) por un lado el artículo 51.4 Ley de Defensa de la Competencia (LDC) 15/2007, de 3 de julio en relación a las sentencias que lo interpretan de la Sala, entre otras las de 15 de febrero de 2016 (recurso 3853/2013), 30 de junio de 2015 (recurso 844/2013), 19 de junio de 2015 (649/2013), 3 de febrero de 2015 (recurso 3854/2013) y 14 de febrero de 2007 (recurso 974/2004). Así como en relación al artículo 71.1, 72.1 y 73.1 LDC.

Y en relación a la disposición final 5 del Real Decreto- ley 9/2017, de 26 de mayo, que dispuso su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E. que lo fue el 27 de mayo de 2017.

También infringe la disposición transitoria 1 del mismo Real Decreto- ley 9/2017, que establece que no tienen efecto retroactivo las modificaciones que introduce en la LDC.

Este Real Decreto- ley en su artículo 3 modifica la LDC, introduciendo un Título VI nuevo que comprende los nuevos artículos 71 a 81.

El artículo 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 RDL 9/2017.

b) Por otro, el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -hoy 51 de la Ley 39/2015, de octubre-

El Abogado del Estado afirma que la sentencia recurrida entiende que se ha producido una alteración de la calificación jurídica porque: (i) Se han ampliado los hechos 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, enero de 2005 y no desde noviembre. 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.

A su juicio, sin embargo, estas conclusiones son erróneas.

1º El que la resolución sancionadora califique de única, continuada y compleja a la conducta sancionada, (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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011), no supone alteración alguna de los hechos, porque son los mismos: a) Participación en el cártel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011. b) 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011.

No supone modificación en la calificación de la infracción. En vez de dos infracciones del artículo 62.4.a) en relación al 1 LDC, se considera por la CNMC cometida una sola infracción. El tiempo de duración de la conducta prohibida no se amplía, sino que se reduce. Porque el tiempo de duración de la conducta colusoria se solapa desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, en que conviven ambas conductas. Por cuanto la conducta por participar en el acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales es desde noviembre de 2005 a noviembre de 2011, y la conducta de intercambios de información sensible es desde abril de 2005 a noviembre de 2011.

En cualquier caso, la duración de las conductas prohibidas tenía efectos exclusivamente para la gradación de la sanción a imponer. Y la calificación como una única infracción supone una reducción de la multa y no su ampliación, pues para el cómputo de la sanción se computa una sola vez el tiempo que va desde noviembre de 2005 a noviembre de 2011, en vez de dos veces.

2º La afirmación de la sentencia recurrida de que la calificación como infracción única posibilita un incremento de la sanción, frente a la propuesta de resolución, es errónea. La sanción resultante es inferior a la que hubiera correspondido de entender cometidas dos infracciones distintas, por la mera aplicación del sistema de graduación de las sanciones.

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley y siguiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo - STS de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013)-, de apreciarse la comisión de dos infracciones muy graves del artículo 62.4.a) LDC la multa mínima aplicable a cada infracción sería del 5% volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Es decir, en conjunto teniendo



en cuenta el volumen de negocios de la empresa en 2013 - 23.116.712,09 euros- de un 10% sumando ambas sanciones arroja una multa mínima de 2.311.671,21 euros. Frente a ello la multa impuesta por la comisión de una sola infracción ha sido de 437.971,02 euros, que representa el 1,89% del volumen de negocios. De donde se desprende que la multa impuesta es inferior a la que hubiera resultado de la consideración de dos infracciones separadas.

3º Tampoco existe indefensión.

La sociedad sancionada pudo alegar acerca de la consideración de las conductas como una única infracción en sus alegaciones. De hecho, otras empresas sancionadas formularon alegaciones al respecto. Así se recoge en la resolución sancionadora (apartado 4.1, página 100) en la que tras afirmar que la Dirección de la competencia en la propuesta de resolución sostuvo la existencia de infracciones únicas y continuadas contrarias al derecho de la competencia y un intercambio de información añade "Diversas empresas cuestionan esta afirmación en sus alegaciones a la propuesta de resolución. Así las entidades 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 y no dos como prevé la propuesta de resolución.

Para CUELLAR, la separación de ambas conductas como dos infracciones distintas conllevaría la vulneración del principio *non bis in idem*. Las entidades señalan que el intercambio de información supone una conducta que no puede considerarse una infracción autónoma sino parte del cártel".

De ahí que la resolución sancionadora (página 104) afirme que "[...] 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".

A juicio del representante del Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al alcance del artículo 51.4 de la LDC, contenida en las sentencias de 15 de febrero de 2016 (recurso 3853/2013), 30 de junio de 2015 (recurso 844/2013), 19 de junio de 2015 (649/2013), 3 de febrero de 2015 (recurso 3854/2013) y 14 de febrero de 2007 (recurso 974/2004).

A tenor de esa jurisprudencia, para que exista un nuevo trámite de audiencia del artículo 51.4 LDC, se requiere que se haya producido indefensión. Por tanto, que (i) exista una modificación de los hechos imputados en la propuesta de resolución, (ii) que se hayan valorado unas pruebas distintas a las consideradas por el órgano instructor, (iii) que se haya producido una alteración de los términos del debate o se haya restringido la posibilidad de alegar sobre la valoración jurídica.

En el caso que nos ocupa los hechos imputados y las pruebas valoradas son idénticos, cuestión que ni siquiera se plantea, y no ha sido objeto de debate. Y ya hemos examinado que no se produjo indefensión.

Y así se desprende también de lo que disponía el artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993: "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días". Y del actual artículo 90.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece: "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días".

Estas normas concretan el cambio de calificación jurídica sobre la propuesta del instructor del procedimiento sancionador en el sentido de que la resolución sancionadora aprecie una mayor gravedad de la infracción o la sanción. Lo que aquí no se discute, en la medida que en vez de dos infracciones muy graves, se aprecia una sola infracción, siendo por tanto de menor gravedad a la propuesta de resolución. En cuanto se elimina una infracción y consiguientemente la sanción será inferior.

3º La sentencia recurrida entiende que la configuración de una sola infracción, 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.



A su juicio la responsabilidad civil solidaria para las empresas sancionadas sería la misma y con la misma extensión sea una infracción única continuada o dos infracciones. Tampoco en la propuesta de resolución ni en la resolución sancionadora se hace referencia esta responsabilidad.

Por otra parte, la responsabilidad por las infracciones del derecho de la competencia está recogida en los artículos 71, 72 y 73 de la LDC, pero tales preceptos fueron introducidos por el art. 3 del Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo, trasponiendo la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014. La Disposición final 5 del RD-Ley 9/2017 dispuso su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que lo fue el 27 de mayo de 2017. Y la Disposición Transitoria 1 del RD-Ley 9/2017 establece, respecto del régimen transitorio en materia de acciones de daños resultantes de infracciones del derecho de la competencia que "las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-Ley no se aplicarán con efecto retroactivo", en concordancia con lo dispuesto en el art. 22.1 de la Directiva 2014/104/UE.

De modo que la responsabilidad civil solidaria entró en vigor el 27 de mayo de 2017 y la resolución sancionadora es de 22 de septiembre de 2014 por lo que no pudo ser tomada en consideración por la resolución sancionadora. Y en todo caso no tiene efectos retroactivos. Por ello entiende que la resolución sancionadora no ha vulnerado el art. 51.4 de la LDC.

4º Finalmente entiende que, aun cuando se estimase vulnerado el art. 51.4 de la LDC, el efecto que la sentencia impugnada atribuye a dicha vulneración infringe el art. 66 de la Ley de 26 de noviembre (hoy el art. 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) "El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción". Y ello porque la sentencia anuda al incumplimiento del art. 51.4 de la LDC el efecto de la nulidad de todo el procedimiento sancionador. El fallo debió acordar la estimación parcial ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que se produjo el defecto acordando que se practicara el trámite de audiencia.

Por todo ello entiende que el pasar de dos infracciones a una, no produce efectos desfavorables para el infractor. Por cuanto la sanción resultante de considerar una sola infracción es inferior a las sanciones que se hubieran aplicado de haberse entendido dos infracciones separadas. Sin que se produzca efecto colateral perjudicial alguno. Es absolutamente indiferente que la infracción se califique como de compleja o no. En cuanto no supone ninguna alteración en la calificación como infracción muy grave del artículo 1 LDC y 101 TFUE, tampoco altera el grado de participación en la comisión, ni la culpabilidad, ni respecto de las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad -que en este caso no se apreciaron- ni en relación a las circunstancias que deben considerarse para la determinación de la sanción, ya que la duración de la conducta anticompetitiva ha sido inferior a la que se hubiera tenido en cuenta de apreciarse dos infracciones separadas. Y resulta indiferente en cuanto a la responsabilidad civil solidaria prevista en el art. 73 de la LDC.

Y si se apreciara que ha existido indefensión debería haberse ordenado la retroacción del procedimiento para que por la Sala de Competencia de la CNMC se otorgara trámite de audiencia. Tanto respecto de Maderas José Saiz, S.L., como de Inversiones Grupo Saiz, S.L.

TERCERO. Mediante Auto de 9 de febrero de 2018 se admitió el recurso declarando 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. El representante legal de las entidades mercantiles Inversiones Grupo Saiz SL y Maderas José Saiz SL se oponen al recurso de casación.

El cambio de calificación que la Sentencia recurrida entiende tuvo lugar en el procedimiento no se produce porque en vez de dos infracciones únicas y continuadas se declarase una sola infracción única y continuada, - como erróneamente defiende en su recurso la Abogacía del Estado-, sino en el hecho de que se está ampliando el ámbito temporal de los hechos y agravando la calificación jurídica inicial al poner de manifiesto que desde abril mi representada tomó parte en el plan conjunto de actuación que instrumentado en dos fases sucesivas de intercambio de información sensible y acuerdo de precios y otras condiciones comerciales, cuando en esa fecha la propuesta de resolución consideró probado que se había iniciado el intercambio de información sensible, pero no acuerdo de precios, para cuyo comienzo se fijó en la misma el mes de noviembre de 2005, es decir, una fecha posterior a la que ahora se considera.

Así mismo considera que con independencia de la ampliación temporal de los hechos sancionados, además, el Consejo realizó una nueva calificación jurídica de los hechos debiendo haber dado audiencia a las partes pues,



mientras en la propuesta de resolución se imputó a dichas empresas dos infracciones únicas y continuadas muy graves, cuyo inicio se produce en un momento temporal distinto, el Consejo en su Resolución, ampliando el ámbito temporal, le sanciona por 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011. Y este cambio de calificación jurídica, al igual que el relativo al ámbito temporal de las conductas, hace que por aplicación del artículo 51.4 resulte imprescindible la realización del trámite de audiencia previsto en este precepto.

El artículo 51.4 LDC, norma especial de preferente aplicación en este tipo de procedimientos según afirma la STS 27 de febrero de 2007 (Recurso 7130/2005), desplaza la aplicación de cualquier otra norma, en referencia clara, al artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, sustituido por el artículo 90.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. Y dicha norma exige que se dé un trámite de audiencia cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica respecto de la propuesta de resolución sin que se exija que dicho cambio genere una mayor gravedad de la infracción o sanción.

Y la infracción de esta garantía sustancial causante de indefensión no puede paliarse mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo, según afirma la STC 59/2004 (f.j 3).

Tampoco se comparten los argumentos de la Abogacía del Estado cuando considera que de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 30/1992, el fallo debió haber sido estimatorio parcial disponiendo la retroacción de actuaciones al momento en que se produjo el defecto, es decir, ordenando que se practicara el trámite de audiencia omitido y no decretar la nulidad de todo el procedimiento. Y ello porque al ser el trámite de audiencia inexcusable antes de que el Consejo dicte la resolución, su ausencia determina la nulidad total del procedimiento sancionador.

Tampoco acredita el Abogado del Estado en su recurso que la sanción que le hubiera correspondido a las citadas empresas, si se mantiene la comisión de dos infracciones únicas y continuadas, es superior a la que le corresponde cuando el Consejo le atribuye la comisión de una única infracción continuada de carácter complejo. La reiterada Jurisprudencia de la Sala, - por todas la Sentencia de 29 de enero de 2015, (rec. 2872/2013)- no considera conforme a Derecho la cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la entonces CNC, (que fue el criterio seguido para la imposición de la sanción recurrida), -como pretende acreditar el recurrente con el Anexo que se acompaña al Recurso de Casación-, pero tampoco interpreta que el artículo 63 LDC establezca un mínimo y un máximo de sanción pecuniaria.

La Sentencia referida, en su FJ quinto, dispone que "el artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."

Es decir, la Sentencia no interpreta que el artículo 63 LDC establezca para calcular la multa un límite mínimo, (como defiende el recurrente en este caso), sino un límite máximo, (el 10% para las infracciones muy graves), al que, para individualizar el importe de la multa, y, con respeto siempre al Principio de Proporcionalidad, se adecue la multa en función de los criterios que recoge el artículo 64 LDC, entre los que se encontraría, por ejemplo, la dimensión y el mercado afectado por la infracción en una empresa multiproducto como la de mi representada, donde, de un volumen total de negocios en el 2013 de 23.116.712,09 €, tan solo unos 800.000 € se refieren a la venta del Palé EUR EPAL.

En conclusión, dada la complejidad que reviste el cálculo de una multa atendiendo a los criterios jurisprudenciales de la Sala, un cálculo tan simplista como el pretendido por el recurrente, no permite afirmar la imposición de una multa inferior como consecuencia de la calificación de la infracción realizada por el Consejo frente a la realizada en la Propuesta de Resolución.

Finalmente y por lo que respecta a la incidencia de la nueva calificación jurídica en posibles reclamaciones futuras de daños afirma que si bien ni la Directiva ni su norma de trasposición contemplan su aplicación con efectos retroactivos, por lo que, en un caso como el enjuiciado no podría fundamentarse una ulterior reclamación de daños y perjuicios basada exclusivamente en las mismas, pues lo hechos de la sanción fueron descubiertos y sancionados antes de su entrada en vigor, lo cierto es que esta nueva regulación refuerza la



singularidad como ley especial de la LDC respecto del régimen general, pues las consecuencias derivadas de la aplicación de estos preceptos. Y conforme el derecho al pleno resarcimiento de los daños ocasionados por las infracciones de las normas de defensa de la competencia no reside en la conocida como Directiva de Daños, sino que se basa esencialmente en el principio de efectividad del derecho comunitario de la competencia, artículo 101 TFUE.

QUINTO. Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 13 de noviembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 19 de junio de 2017 (rec. 424/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Inversiones Grupo Saiz, S.L., y Maderas José Saiz, S.L., contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso a Maderas José Saiz, S.L., una sanción de multa de 437.971,02 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011, y solidariamente su matriz, Inversiones Grupo Saiz, S.L., desde mayo de 2010 hasta noviembre de 2011.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, la sentencia recurrida anuló la resolución administrativa impugnada en la instancia al considerar que se había producido un cambio de calificación jurídica en la resolución administrativa que impidió a la recurrente formular alegaciones y defenderse. Esta modificación la consideró relevante, porque implicaba 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 abril de 2005). El cambio de calificación se produce, según la sentencia, porque en vez de imputarle dos infracciones únicas y continuadas se considera cometida una 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 artículo 73 de la LDC.

La sentencia recurrida funda la estimación del recurso en la infracción del artículo 51.4 LDC que establece: "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". Por ello, la sentencia concluye que "La omisión de dicho trámite, constituye una infracción sustancial, causante de indefensión que determina la nulidad de la resolución sancionadora".

SEGUNDO. La cuestión que presenta interés casacional, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, 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 la respuesta a tales cuestiones seguimos la doctrina ya fijada en nuestras sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y de 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017) que ahora reproducimos.

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 empresa Maderas José Saiz, S.L que se la imputaba "por 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 abril de 2005 hasta noviembre de 2011".

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: [...] 18. MADERAS JOSE SAIZ, S.L., 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 abril de 2005 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 constituirían dos infracciones continuadas separadas, cada una con la duración indicada.

No hay duda 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."

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 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 nuestras sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017) y 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.

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 empresa Inversiones Grupo Saiz,



S.L. y Maderas José Saiz, S.L., 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 empresa 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 trascendencia alguna.

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 llevan a concluir que en el caso concreto de la empresa Inversiones Grupo Saiz, S.L. y Maderas José Saiz, S.L., la omisión de aquel trámite de audiencia le ha causado indefensión, por lo que constituye una anomalía procedimental que tiene relevancia invalidante.

En su recurso de casación la Abogacía del Estado propugna, como pretensión de carácter subsidiario, que acordemos la retroacción del procedimiento sancionador para que por la CNMC se otorgue el trámite de alegaciones previsto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. Tal pretensión no debe ser acogida pues, una vez constatado que en el procedimiento administrativo se incurrió en una irregularidad generadora de indefensión, lo procedente es anular la resolución administrativa que impuso la sanción, sin que proceda acordar la retroacción del procedimiento a efectos de una pretendida subsanación del defecto invalidante. Por lo demás, la retroacción que se pretende daría lugar a que se dictase una nueva resolución administrativa que, en su caso, habría de ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa, lo que haría recaer sobre la empresa una carga gravosa e injustificada, la de tener que reproducir todo el proceso impugnatorio, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución).

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

OCTAVO. 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.

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 establecida en el fundamento jurídico sexto:

1.- Desestimar el recurso de casación nº 5635/2017 interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 2017 (rec. 424/2014).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Córdoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ