



Roj: **STS 4273/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4273**

Id Cendoj: **28079130032018100431**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **5619/2017**

Nº de Resolución: **1714/2018**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3378/2017,**
ATS 1831/2018,
STS 4273/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.714/2018

Fecha de sentencia: 03/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5619/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 5619/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1714/2018

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 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 5619/2017, por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contra la sentencia de 21 de julio de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 463/2014, 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 173.799,21 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave.

Han intervenido como partes recurridas las entidades Palets Joan Martorell, S.A., y Grup Joan Martorell, S.L., representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Rosa Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de don Lluís Cases Pallares.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba 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 6^a, de 21 de julio de 2017 (rec. 463/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Palets Joan Martorell, SA y su matriz Grup Joan Martorell, SA, 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 dicha empresa una sanción de multa de 173.799,21 euros, por la comisión de una infracción muy grave.

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 y concluye que en el presente caso se ha producido un cambio de calificación jurídica que impidió a la recurrente formular alegaciones y defenderse.

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 en contra de lo afirmado por la sentencia recurrida los hechos y su calificación en la propuesta de resolución y en el acuerdo sancionador son idénticas.

Frente a lo que añade la sentencia recurrida que la calificación que hace la resolución sancionadora es de una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Ello no es cierto. La resolución sancionadora no califica la infracción de compleja. La calificación es de única y continuada y en idénticos términos a la propuesta de resolución.

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 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 sentencia recurrida toma un argumento vano, que es forzar la explicación que hace el acuerdo sancionador cuando se remite en el apartado primero de la parte dispositiva a su fundamento quinto. En este fundamento lo que se hace es justificar por qué las conductas consistentes en (i) un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales y (ii) por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, constituyen una única infracción única y continuada, de naturaleza compleja. Pero evidentemente ha de entenderse referido a los supuestos en que concurren ambas conductas. No al caso que nos ocupa en que existe una única conducta consistente en el intercambio de información. Y también en el mismo fundamento quinto la resolución sancionadora razona además por qué el intercambio de información (por sí solo) constituye una infracción. Luego en ningún momento se achaca a Palets Joan Martorell, SA y su matriz Grup Joan Martorell, SA ni que haya participado en el acuerdo de fijación precios, ni que su conducta sea una infracción de naturaleza compleja. Por lo que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 51.4 LDC. Ya que resultaba improcedente otorgar un nuevo trámite de audiencia al ser coincidentes las valoraciones de la conducta efectuada tanto por la propuesta de resolución como la resolución sancionadora.

Por otra parte, aunque la calificación de la infracción hubiera sido como de naturaleza compleja, tampoco habría vulnerado la resolución sancionadora el artículo 51.4 LDC.

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. Además, las empresas sancionadas pudieron alegar acerca de la consideración de las conductas como una única infracción en sus alegaciones. Y no sólo pudieron, sino que efectivamente lo hicieron. Palets Joan Martorell, SA y su matriz Grup Joan Martorell, SA lo hicieron porque se le imputaba una única conducta y una única infracción-

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 (independientemente que en el supuesto aquí debatido no existe alteración alguna), 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.



Lo cierto que en el caso de la empresa Palets Joan Martorell, SA y su matriz Grup Joan Martorell, SA, no concurre esta circunstancia pues su infracción no se califica de naturaleza compleja. Pero, en todo caso, la responsabilidad civil 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.

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, en relación a Palets Joan Martorell SA, y su matriz Grup Joan Martorell, SA, la calificación de la infracción ha sido la misma, por cuanto la resolución sancionadora mantiene la infracción como única y continuada 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. En todo caso, 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.

TERCERO. Mediante Auto de 5 de marzo 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 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.

CUARTO. El representante legal de la empresa Palets Joan Martorell, SA, y su matriz Grup Joan Martorell, SA, se opone al recurso de casación.

Contrariamente a lo que la Abogacía del Estado postula en su recurso, considera que la calificación de los hechos en la propuesta de resolución y en el acuerdo sancionador no fue idéntica.

El cambio de calificación jurídica entre la propuesta de resolución y el acuerdo sancionador recurrido en la instancia es, a su juicio, evidente. 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. Considera por ello que ante el cambio de calificación jurídica debió concederse el trámite de audiencia previsto en el art. 51.4 de la LDC.

La sentencia de instancia acierta, a su juicio, al entender que la calificación jurídica de la resolución sancionadora es una nueva calificación de la conducta de las empresas sancionadas ya que todas las partes



contribuían a un plan común con el objetivo final de falsear la competencia, que no estaba presente en la propuesta de resolución.

Considera que ante un cambio de calificación jurídica es preciso conceder el trámite de audiencia del art. 51.4 de la LDC al margen de que exista o no indefensión, pero en todo caso sostiene que en este caso se generó a dichas empresas indefensión por cuanto se las privó de poder realizar alegación alguna respecto de la nueva calificación jurídica.

Argumenta también que nada tiene que ver con el objeto del presente recurso si el artículo 73 de la LDC resulta o no aplicable al caso que nos ocupa, pues lo relevante es si existe o no un cambio de calificación jurídica introducida de forma irregular por la Sala de Competencia en la resolución sancionadora.

La sentencia tampoco vulnera el artículo 66 de la Ley 30/1992 -hoy artículo 51 de la Ley 39/2015), pues al margen de que al Auto de admisión no advirtió interés casacional sobre esta infracción el citado precepto no resulta de aplicación al presente caso al referirse al procedimiento administrativo que no es extrapolable a sede contencioso- administrativa, cuya LJCA no contiene ninguna previsión parecida.

Subsidiariamente y para el hipotético supuesto que se considerase que la sentencia impugnada no se ajusta a derecho considera que procede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión declarando la nulidad de la resolución sancionadora. En la instancia se alegó que la resolución sancionadora es nula de pleno derecho al haber sido adoptada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal y como pone de relieve el voto particular formulado a la resolución administrativa por el Consejero Torremocha y García Saenz; las empresas recurrentes no pueden ser declaradas responsables por un intercambio de información sensible a efectos de competencia ya que la conducta no resulta imputable a dicha empresa y la información no es susceptible de desvelar las estrategias de los competidores ni constituye información útil para la fijación de precios; y finalmente porque habría que anular la sanción impuesta por haber sido calculada mediante una Comunicación que ha sido declarada contraria a derecho por varias sentencias del Tribunal Supremo.

QUINTO. Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 27 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 6ª, de 21 de julio de 2017 (rec. 463/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Palets Joan Martorell, SA y su matriz Grup Joan Martorell, SA, 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 dicha empresa una sanción de multa de 173.799,21 euros, por la comisión de una infracción muy grave.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, la sentencia de instancia 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.

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 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 (rec. 5329/2017 y de 3 de diciembre de 2018 (rec. 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 (STS de 30 de enero de 2012 (rec. 5160/2009), STS de 3 de febrero de 2015 (rec. 3854/2013, f.j 4º) y STS de 15 de octubre de 2018 (rec. 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 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 radica, según sostiene el Abogado del Estado en su recurso, en considerar que en el caso de la empresa Palets Joan Martorell, SA, y su matriz Grup Joan Martorell, SA, 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 art. 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 (rec. 5329/2017) y de 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017) resulta aplicable al caso que nos ocupa, pues caso de llegar a la conclusión de que no existió cambio alguno entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora, ni por tanto un cambio en la calificación jurídica, el trámite de audiencia previsto en el 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 Palets Joan Martorell, SA, y su matriz Grup Joan Martorell, SA 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 Palets Joan Martorell, SA, y su matriz Grup Joan Martorell, SA, no se la sanciona 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 LDC y ello al considerar que:

"[...] 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 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 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".

Este razonamiento no puede ser compartido. Es cierto que el primer apartado de la parte dispositiva de la resolución sancionadora, por su remisión a lo dispuesto en el fundamento jurídico quinto de la misma (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 TFUED"), podría llevar a pensar que a todas las empresas implicadas se las considera responsables de una infracción continuada de naturaleza compleja. Infracción que, tal y como señala a continuación este mismo fundamento jurídico, estaría integrada por dos conductas diferentes: por un lado, un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los pales de madera; por otro, por los intercambios de información comercial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación.

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

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

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

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, dado que la estimación de la existencia de una infracción del procedimiento causante de indefensión determinó que el tribunal a quo no entrase a conocer de los restantes motivos de impugnación esgrimidos en la demanda, cuestiones que han sido ajenas al debate suscitado en casación, pues el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado se centra en defender que durante la tramitación del expediente no hubo un cambio en la calificación jurídica ni anomalía procedimental generadora de indefensión, sin abordar las otras cuestiones que se suscitaban en la demanda y que la sentencia no aborda.

TERCERO. Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial y la aplicación al presente recurso.

De lo expuesto en los apartados anteriores se derivan las siguientes conclusiones:

1) En respuesta a las cuestiones planteadas en el Auto de admisión, respecto a la interpretación y alcance del art. 51.4 de la LDC, ha de reiterarse la doctrina fijada en nuestras sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y de 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017).

2) En el presente asunto, sin embargo, 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 citado precepto legal. Ello determina la estimación del recurso de casación por lo que la sentencia recurrida ha de ser anulada.



3) Ordenamos retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por el Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, para que se dicte una nueva sentencia que resuelva lo que proceda respecto a los restantes motivos de impugnación planteados en la demanda, en el bien entendido de que la nueva sentencia que dicte no podrá considerar que existió un cambio de calificación jurídica que exigiese un nuevo trámite de audiencia, al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.

CUARTO. Costas

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso de casación sin que haya lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe (art. 93.4 de la LJ).

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 tercero:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 19 de junio de 2017 (rec. 464/2014) que se casa y anula.

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

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

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas Dª. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

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