



Roj: **STS 4274/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4274**

Id Cendoj: **28079130032018100432**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **5620/2017**

Nº de Resolución: **1712/2018**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3381/2017,**
ATS 1133/2018,
STS 4274/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.712/2018

Fecha de sentencia: 03/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5620/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

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.: 5620/2017

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. 1712/2018

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 5620/2017, 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 464/2014, 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 73.674,60 € euros por la comisión de una 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.

Ha intervenido como parte recurrida la mercantil Embalajes Blanco, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Mariano de la Cuesta Hernández y bajo la dirección de la letrada doña Natalia Álvarez Alday.

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 19 de junio de 2017 (rec. 464/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Embalajes Blanco SL, 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 73.674,60 euros, por la comisión de una 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.

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.

Así, frente a lo que sostiene la sentencia recurrida, niega que en este caso se pasase de una infracción única infracción en la propuesta de resolución a una infracción única y continuada, de naturaleza compleja. A su juicio, la resolución sancionadora no califica la infracción de compleja, sino que tan solo califica su conducta y la sanciona como una infracción única y continuada de intercambio de información, en idénticos términos a la propuesta de resolución. Tal y como se desprende de la comparación entre la propuesta de resolución en



la que se imputa a la empresa recurrente 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 en la que se 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 (páginas 148 a 150) 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 Embalajes Blanco S.L., 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, añade que 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. Embalajes Blanco SL, no lo hizo 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 Embalajes Blanco SL, 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 Embalajes Blanco SL, 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 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 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 Embalajes Blanco SL se opone al recurso de casación.

Contrariamente a lo que la Abogacía del Estado postula en su recurso, en el caso de Embalajes Blanco 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. Cuestión distinta es que, después de justificar que las dos conductas que integran la infracción única y compleja que afirma cometida por todas las empresas concernidas en el expediente S/0428/12 PALÉS (vid. en este sentido la página 148 inicio del FJ 5 de la resolución sancionadora, muy relevante porque por remisión forma parte del fallo en el que se indica que todas las empresas incurrir en una infracción única, continuada y compleja, precisando a continuación las conductas que la integran; y, 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", la resolución sancionadora se traicione a sí misma y, en abierta incoherencia con su discurso, sancione a esta parte por haber participado en lo que pasa a calificarse de 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.

Más aún. De ser ciertas las tesis del recurso de casación sobre que la resolución sancionadora no califica la infracción imputada a esta parte de compleja sino de única y continuada en idénticos términos a la propuesta de resolución, el recurso debió ser inadmitido.

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.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el cambio de calificación jurídica (varias infracciones continuadas o una infracción continuada compleja) supuso una alteración de los términos del debate determinante de indefensión.

Cierto es que las dos conductas imputadas de forma autónoma son las mismas que integran la infracción calificada como de compleja; cierto también que esta parte tuvo conocimiento de ambos comportamientos en fase de instrucción y que, además, la sanción finalmente impuesta no eleva la propuesta por el órgano de instrucción.

Admitiendo a los meros efectos dialécticos que, como se dice en el recurso de casación, en el caso de Embalajes Blanco no existiera cambio de calificación jurídica sino que tanto la propuesta de resolución como el acuerdo sancionador imputaron a la empresa un única conducta y una única infracción, la conclusión sobre el carácter necesario del trámite de audiencia del artículo 51.4 LDC se mantiene inmodificada.

En efecto. En esa hipótesis, el mero hecho de que la contradicción que se observa entre el FJ 5 que se integra en la parte dispositiva y la parte dispositiva misma hacían de inicio francamente difícil para esta parte saber si se le hacía responder o no de una infracción compleja, habría justificado, por elementales razones de seguridad jurídica, el trámite de audiencia previsto en el citado artículo 51.4 LDC.

La sentencia no infringe los artículos 71.1, 72.1 y 73.1 LDC, en redacción dada por el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, ni artículo 22 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento y el Consejo, de 26 de noviembre de 2014.

De acuerdo con el FJ Cuarto de la sentencia recurrida, en el expediente S/0428/12 PALÉS:

"debió darse traslado para alegaciones, no solo a las empresas que tras la nueva calificación jurídica vieron agravada su situación jurídica por la ampliación temporal de los hechos, caso de PALLETS TAMA y otras, sino también a aquellas como la recurrente que aunque formalmente se la sanciona conforme a la propuesta de resolución, sin embargo, la nueva calificación jurídica presenta una valoración distinta con incidencia en posibles reclamaciones futuras de daños conforme al art. 73 de la Ley 15/2007".

En otros términos, el tribunal a quo entiende que por mucho la sanción finalmente impuesta a mi principal coincidiera con la recogida en la propuesta de resolución, el cambio en la calificación jurídica del ilícito operado en el acuerdo sancionador hacía obligado también respecto de él el trámite de audiencia omitido dada la repercusión que ese cambio podría suponerle ante eventuales reclamaciones de daños y perjuicios en función de lo previsto en el artículo 73 LDC.

Al decir del recurso de casación, como quiera que la Disposición Transitoria 1 del R.D. Ley 9/2017 -cuyo artículo 3 incorporó el precepto transcrito a la Ley 15/2007 en trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento y el Consejo de 26 de noviembre de 2014-, establece que las previsiones en materia de acciones de daños resultantes de infracciones del Derecho de competencia recogidas en su artículo 3 no tendrán efecto retroactivo, el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 73 LDC citado en la sentencia resultaba jurídicamente indiferente a efectos de poder resolver sobre si la omisión del trámite de audiencia del artículo 51.4 LDC tenía o no transcendencia invalidante.



La entidad recurrente discrepa de tal planteamiento.

La eficacia de la cláusula de no retroactividad del régimen de responsabilidad solidaria sancionado por el artículo 73 no es tan aporoblemática como el recurso de casación da a entender. Muy al contrario. A diferencia de lo que ocurre con las previsiones recogidas en el artículo cuarto del R.D. Ley 9/2017, respecto de las que expresamente se aclara que serán aplicables exclusivamente a los procedimientos sancionadores en materia de competencia incoados con posterioridad a su entrada en vigor, respecto de las previsiones del artículo 3, entre las que se incluye el régimen de solidaridad del artículo 73, el legislador se limita a señalar que no tendrán efecto retroactivo pero deja sin resolver si el régimen de responsabilidad del artículo 73 es o no aplicable a las empresas que hubieran sido sancionadas por infringir la normativa sobre competencia por una resolución firme -en los términos del artículo 2.12 Directiva 2014/104/UE- dictada con posterioridad al 27 de mayo de 2017, fecha de entrada en vigor del RD-Ley 9/2017 aunque el expediente sancionador hubiera sido incoado con anterioridad a esa fecha. O por mejor decir, vista el diferente régimen de eficacia transitoria de las previsiones de los artículos 3 y 4 RD-Ley 19/2017, más bien se abre la puerta a que la responsabilidad solidaria del artículo 73 LDC se aplique respecto de empresas cuya responsabilidad por infringir el derecho de competencia hubiera sido declarada en firme con posterioridad a que el RD-Ley 9/2017 hubiera entrado en vigor.

Ello supuesto, teniendo en cuenta que para las empresas implicadas en el expediente S/0428/12 PALÉS la resolución por la que se declarara su condición de infractores iba a ganar firmeza en todo caso después de la vigencia del artículo 73 LDC, resulta de todo punto acertado que el tribunal a quo se hiciera eco de la repercusión que ese precepto podría tener sobre la esfera jurídico patrimonial de las empresas en función del cambio de calificación jurídica de la infracción efectuado por parte de la Sala de Competencia de la CNMC frente al realizado en la propuesta de resolución.

Incidencia en el caso de mi principal fuera de toda duda porque no es desde luego lo mismo enfrentarse a eventuales acciones de daños y perjuicios en régimen de solidaridad por haber participado en un intercambio de información sensible que por ser considerado también responsable de haber participado en un cártel.

Finalmente argumenta que la sentencia recurrida no vulnera el artículo 66 de la Ley 30/1992 -hoy 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-. La norma que se dice infringida se encuentra inserta en una Ley que está regulando el procedimiento administrativo -no el proceso jurisdiccional- y que va destinada a los órganos administrativos -no a los tribunales de justicia-. La ley jurisdiccional nada se dice sobre la posibilidad de remediar los vicios que hayan dado lugar a la estimación del recurso con anulación del acto administrativo impugnado. La sentencia anula el acto administrativo pero no ordena la retroacción de actuaciones al momento de comisión del defecto invalidante, a lo que no estaba obligado y, en todo caso no impide que la Administración reconstruya el expediente a partir del momento en el que se cometió el vicio que da lugar a la anulación de la resolución sancionadora.

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 6ª, de 19 de junio de 2017 (rec. 464/2014) por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Embalajes Blanco SL, 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 73.674,60 euros, por la comisión de una infracción única y continuada de 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.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes la sentencia de instancia anuló la resolución administrativa impugnada al considerar que se había producido un cambio de calificación jurídica en la resolución administrativa que impidió a la citada empresa formular alegaciones y defenderse, vulnerando el artículo 51.4 de la Ley 15/2007.

SEGUNDO. En el Auto de admisión, en consonancia con el criterio mantenido en otros recursos de casación referidos a este mismo expediente sancionador (Expet. S/0428/12 PALES), se apreció interés casacional consistente en determinar si, partiendo de los mismos hechos, se ha producido un cambio de calificación jurídica por la circunstancia de considerar que los mismos son constitutivos de una infracción única y continuada de naturaleza compleja, en lugar de una o varias infracción única y continuada de naturaleza simple,



y, en caso afirmativo, si dicho cambio es susceptible de producir indefensión a la recurrente, todo ello a efectos de lo establecido por el artículo 51.4 de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y 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 que en estos casos, la omisión de dicho trámite constituye una infracción del procedimiento contraria a derecho, si bien dicha infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no cause indefensión material.

La especialidad de este recurso radica, según sostiene el Abogado del Estado en su recurso, en considerar que en el caso de la empresa Embalajes Blanco SL 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 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y 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 Embalajes Blanco SL la propuesta de resolución le imputaba una infracción "por los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008" y la resolución que puso término al procedimiento la sanciona "por su participación en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008".

No se advierte, por tanto, cambio alguno, ni en los hechos ni las conductas ni en su duración, entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora. Tampoco se advierte que exista una diferente calificación jurídica ni una modificación del reproche por la conducta de la que se la considera responsable, pues tal y como se afirma literalmente en la parte dispositiva de la resolución sancionadora, se la sanciona "por su participación en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008". A diferencia de otras empresas implicadas en estos hechos, a Embalajes Blanco SL 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 TFUE"), 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 Embalajes Blanco SL, 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 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.