



Roj: **STS 4280/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4280**

Id Cendoj: **28079130032018100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **5614/2017**

Nº de Resolución: **1706/2018**

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

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3222/2017,**
ATS 733/2018,
STS 4280/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.706/2018

Fecha de sentencia: 03/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5614/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

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

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

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: 5614/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1706/2018

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 el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/5614/2017, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo 460/2014, formulado por la Sociedad Cooperativa PALETS PENEDÉS, S.L. contra la resolución de la Sala de Competencia de la COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de 22 de septiembre de 2014, que resolviendo el expediente S/0428/12 (PALÉS), impuso a la mencionada sociedad la sanción de 11.575,80 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 sido parte recurrida la Sociedad Cooperativa PALETS PENEDÉS, S.L., representada por el procurador don Carmelo Olmos Gómez, bajo la dirección letrada de don Carmelo Carrillo Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 460/2014, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 19 de julio de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D Carmelo Olmos Gómez, actuando en nombre y representación de PALETS PENEDÉS 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 una sanción de multa de 11.575,80 € 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, resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con imposición de costas a la Administración demandada."

El Tribunal de instancia fundamenta su decisión de estimar el recurso

" (...) Mediante providencia de 15 de junio de 2017, la Sala decidió oír de nuevo a las partes sobre el alcance que pudiera tener en la resolución sometida a nuestro enjuiciamiento, el art. 51.4 Ley 15/2007, presentando, la entidad recurrente y el Abogado del Estado las oportunas alegaciones al respecto.

El precepto citado dice que "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".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación del art. 51.4 de la Ley 15/2007, vincula la existencia de infracción de dicho precepto a la modificación de los hechos y a que el cambio de calificación jurídica genere indefensión al sometido al expediente sancionador.

Así, la sentencia de 15 de febrero de 2016 rec. 3853/2013, recuerda la de 3 de febrero de 2015, rec. 3854/2013 y rechaza que en el supuesto allí analizado se hubiera infringido el art. 51.4 de la Ley 15/2007 porque "la resolución sancionadora no había modificado los hechos en los que se basaba la imputación, de modo que, en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, tampoco apreciamos que se haya producido indefensión, ya que no se ha justificado que se hubieran menoscabado las garantías procedimentales, o, en particular, que se hubiera restringido la facultad de alegar sobre la valoración jurídica de la conducta sancionable."

Pues bien, en el presente caso, la resolución recurrida se aparta de la propuesta formulada por la Dirección de Competencia y lo explica del siguiente modo:



"La Dirección de Competencia considera que las prácticas investigadas constituyen dos infracciones únicas y continuadas contrarias al derecho de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. En este sentido, la propuesta de resolución indica que ha quedado probado que no existe un vínculo de complementariedad o plan común entre estas dos infracciones, sin perjuicio de que en ambas infracciones hayan participado algunas de las entidades incoadas y con independencia de la distinta participación temporal por parte de las entidades imputadas en este expediente.

En relación con el cártel de fijación de precios y condiciones comerciales, la Dirección de Competencia considera que ha quedado acreditado que los acuerdos entre las empresas incoadas constituyen una infracción única, compleja y continuada en el tiempo, por cuanto se produjeron, al menos, desde 2005 hasta 2011.

(...) En cuanto a la infracción consistente en el intercambio de información sensible, la Dirección de Competencia considera acreditado que las empresas productoras y/o reparadoras de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL intercambiaron, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011, de forma periódica y actualizada, a través de CALIPAL, información exhaustiva sobre el volumen de fabricación mensual de cada uno de ellos, lo que les permitía conocer la cuota y la facturación de sus directos competidores, reduciendo así sensiblemente la incertidumbre sobre cuál iba a ser la política comercial efectiva que iban a desplegar dichas empresas.

Es decir, la propuesta de resolución aprecia un cártel de fijación de precios y condiciones comerciales de 2005 hasta noviembre de 2011 y, adicionalmente, un intercambio de información comercialmente sensible sobre cifras de producción y/o reparación de palés, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011".

Sin embargo, para la Sala de Competencia *"la totalidad de los hechos descritos deben considerarse una infracción única y continuada, de naturaleza ciertamente compleja, en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos diferenciados como los descritos, sin que pueda aseverarse que nos encontramos ante conductas autónomas e independientes entre sí, que pudieran ser valoradas cada una como infracciones únicas y continuadas de naturaleza independiente.*

Tras analizar los criterios sentados en varias sentencias de ésta Sección, la Sala de competencia afirma que *"El examen de las conductas, a la luz de la jurisprudencia citada, permite concluir que debe considerarse una infracción única y continuada al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad. Por ello, no puede aceptarse la existencia de dos infracciones autónomas sino de dos conductas diferenciadas subsumidas en una única infracción continuada en el tiempo, existente desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011 a través de diferentes fases y acuerdos, que la dotan de especial y esencial complejidad, sin que pueda aseverarse la indispensable ausencia de vínculos entre el intercambio de información sensible y el cártel de fijación de precios para su caracterización como infracciones diferenciadas.*

Si bien la distinta duración e intensidad de las prácticas, sus características específicas y la diversidad de métodos empleados han conducido a la Dirección de Competencia a su consideración como conductas autónomas, diversos elementos de unidad de actuación y finalidad abogan por su reconducción hacia una única infracción continuada de naturaleza compleja.

En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas. Así, doce de las entidades imputadas por su participación en el cártel (todas excepto TOLE) participaron también en el intercambio de información comercial sensible. Asimismo, de las 25 entidades imputadas por su participación en el intercambio de información, 21 también participaron en el cártel de precios, si bien dicha práctica, considerada como infracción individual, habría prescrito para siete de las mismas.

En segundo lugar, si bien la ejecución de ambas conductas tuvo una duración diferente, iniciándose el intercambio de información en 1998 y el cártel en 2005, el análisis de los hechos permite considerar que ambas conductas constituyen dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y apoyándose ambas conductas desde entonces para dotar de transparencia y falta de competencia al mercado afectado.

De hecho, en un mercado con un producto estandarizado como es el de los palés de calidad EUR/EPAL, el intercambio de información sobre la producción individual propiciado por la propia asociación y, por lo tanto, la disponibilidad de esta información para todos los operadores, contribuye a aumentar la transparencia del mercado y facilita adicionalmente el desarrollo de un acuerdo en precios ya que contribuye a reducir los costes de su funcionamiento -porque permite hacer un seguimiento del comportamiento de los participantes en el mismo- y, por ello, aumenta los beneficios esperados de este acuerdo.

Así pues, ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de



la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través, primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado."

Considera por ello la resolución aquí impugnada 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."

(...) De éste modo, en el Fundamento Jurídico Quinto, la resolución aquí recurrida precisa que: "El Consejo considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; **y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL** entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A.T.M., BAMIPAL, BLANCO, 10 BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL." Vamos a analizar ahora como opera el cambio de calificación jurídica en el caso de PALETS PENEDÉS S.L., la entidad aquí recurrente. La propuesta de resolución la imputa: "por los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008. Por su parte, la resolución recurrida la sanciona: "por su participación en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008."

Pudiera pensarse que, en realidad, no ha existido alteración de calificación jurídica alguna pues la resolución sancionadora reproduce los términos de la conducta imputada en la propuesta de resolución.

Sin embargo, ello no es así porque la parte dispositiva de la resolución recurrida en su apartado primero afirma que "se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, y del artículo 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución."

Si acudimos al Fundamento de derecho citado que acabamos de transcribir, vemos como en él, la Sala de Competencia discrepa de la calificación jurídica efectuada por la Dirección de Investigación y aprecia **una infracción única y continuada, de naturaleza compleja**, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL.

La contradicción entre la calificación de la infracción y la sanción que finalmente se impone a PALETS PENEDÉS S.L.. es evidente y aunque, ciertamente, a la actora se le sanciona por participar en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, la Sala de Competencia rechaza la existencia de dos infracciones autónomas porque aprecia vínculos entre el intercambio de información sensible y el cártel de fijación de precios que impiden considerarlas como infracciones diferenciadas.

En éste sentido destaca diversos elementos de unidad de actuación y finalidad que permiten, a su juicio entender, que se trata de una única infracción continuada de naturaleza compleja por la correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas, que se trata de dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y que ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través,



primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado.

Esa diferente calificación jurídica en la que la Sala de competencia aprecia un objetivo común compartido en el que la conducta que se imputa a PALETS PENEDÉS S.L. se integra, requería, por su novedad, dudas jurídicas que suscita a los afectados y trascendencia, como luego veremos, dar traslado de la misma conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007, para que la recurrente pudiera formular alegaciones al respecto.

Entendemos que, en el presente expediente S/0428/12 PALÉS, debió darse traslado para alegaciones, no solo a las empresas que tras la nueva calificación jurídica vieron agravada su situación jurídica por la ampliación temporal de los hechos, caso de PALLETS TAMA y otras, sino también a aquellas como la recurrente que aunque formalmente se la sanciona conforme a la propuesta de resolución, sin embargo, la nueva calificación jurídica presenta una valoración distinta con incidencia en posibles reclamaciones futuras de daños conforme al art. 73 de la Ley 15/2007.

La contradicción apreciada entre los términos en que se razona en el Fundamento de Derecho Quinto y la sanción finalmente impuesta y las dudas que suscita el alcance que pudiera tener la nueva calificación imponía la necesidad de oír a las entidades afectadas sobre ésta, antes de dictar la resolución sancionadora.

La omisión de dicho trámite, previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, constituye por ello una infracción sustancial del procedimiento que determina la nulidad de la resolución sancionadora porque ha impedido conocer a la recurrente el alcance real y la trascendencia del cambio de calificación jurídica.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución, pero esta nueva calificación jurídica como infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que, se entiende que en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales y respecto del que se considera acreditado que PALETS PENEDÉS S.L. conocía aquel plan preconcebido con finalidad anticompetitiva con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles y eventuales reclamaciones por daños que puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, requería haber dado traslado para alegaciones a la recurrente, conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007. (...) Por lo demás, el presente caso, es diferente al enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, rec. 5106/2009 en el que dicha sentencia aborda el problema, en relación con una conducta de abuso de posición de dominio, de si se produjo por el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración sustancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

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

La diferencia estriba, insistimos, en la omisión del trámite de audiencia que impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007 frente al cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia que impidió a PALETS PENEDÉS S.L. formular alegaciones y defenderse. En consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a PALETS PENEDÉS S.L., sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 31 de octubre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 7 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"1º) Admitir el recurso de casación preparado por el abogado del Estado, en nombre y representación que *ministerio legis* 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 procedimiento ordinario núm. 460/2014.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, partiendo de los mismos hechos, se ha producido un cambio de calificación jurídica por la circunstancia de considerar que los mismos son constitutivos de una infracción



única y continuada de naturaleza compleja, en lugar de una 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.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 21 de febrero de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito de fecha 21 de febrero de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPPLICO:

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

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2018, se acuerda unir el escrito del Abogado del Estado interponiendo recurso de casación, y dar traslado del mismo a la parte recurrida (la Sociedad Cooperativa PALETS PENEDÉS, S.L.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó el procurador don Carmlo Olmos Gómez en escrito presentado el 11 de abril de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"Que admitiendo el presente escrito con sus copias y documentación que se adjunta se tenga por formalizada la presente oposición contra el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, y en sus méritos se sirva dictar resolución por la que se proceda a su desestimación, conformándose los pronunciamiento de la sentencia recurrida de 19 de julio de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional."

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 3 de mayo de 2018 se acuerda no haber lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto; y, por providencia de 27 de junio de 2018, designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, y se señala este recurso, mediante providencia de fecha 25 de julio de 2018, para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por el Abogado del Estado, al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, que estimó el recurso contencioso- administrativo formulado por la representación procesal de la mercantil PALETS PENEDÉS, S.L contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de septiembre de 2014, que resolviendo el expediente S/0428/12 (PALÉS), impuso a la mencionada sociedad la sanción de 11.575,80 euros, al quedar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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.

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 71.1, 72.1 y 73.1 del citado texto legal.



Se cuestiona la sentencia impugnada porque entiende erróneamente que se ha producido un cambio en la calificación de los hechos imputados, que debería haber propiciado que se diera un trámite de alegaciones a los interesados y a la Dirección de Investigación para que formulen lo que estimen oportuno.

Se advierte que en este supuesto no se ha producido ningún cambio en la calificación jurídica de la infracción única y continuada, pues se efectúa en idénticos términos en la propuesta de resolución y en la resolución sancionadora.

Se arguye que 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 un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales y 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 PENEDÉS S.L. ni que haya participado en el acuerdo de fijación precios, ni que su conducta sea una infracción de naturaleza compleja.

Se alega, en último término, que resultaba improcedente otorgar un nuevo trámite de audiencia al ser coincidentes las valoraciones de la conductas efectuada tanto por la propuesta de resolución como la resolución sancionadora.

SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 51.4 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse se centra en determinar si, a los efectos de aplicación del artículo 51.4 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resulta pertinente que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia proceda a dar un trámite de audiencia en aquellos supuestos en que, aunque no se haya procedido a una modificación real o sustancial de la calificación jurídica de los hechos imputados, pudiera inferirse del contenido de la fundamentación o de la parte dispositiva de la resolución sancionadora que se ha producido indefensión.

Según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2018, la controversia jurídica que se suscita, 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 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos comporta resolver si, tal como propugna el Abogado del Estado, la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada ha infringido el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al sostener que se ha producido indefensión por la falta de otorgamiento de un nuevo trámite de alegaciones, aunque, como acontece en este supuesto, dicho trámite resultase inoperante al ser coincidentes las valoraciones de la conducta infractora efectuadas en la propuesta de resolución y en la resolución sancionadora.

Una vez delimitada la controversia casacional, procede transcribir el contenido del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que dispone:

"(...) 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."

Procede dejar constancia de que en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2018, (RC 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (RC 6224/2017), ya hemos fijado la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de 30 de enero de 2012, (RC 5106/2009) y en la sentencia de 3 de febrero de 2015 (RC 3854/2013), y de 15 de octubre de 2018 (RC 1840/17)



En el supuesto que enjuiciamos en este recurso de casación, debemos seguir los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala Jurisdiccional de 3 de diciembre de 2018, resolviendo el recurso de casación 5620/17, en que hemos sostenido que si no existió cambio alguno ni en los hechos ni en la calificación jurídica entre la propuesta de resolución y la resolución sancionadora no era exigible acordar un nuevo trámite de audiencia en aplicación del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, acogemos la tesis argumental que desarrolla el Abogado del Estado, que pone de relieve 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 de recusación 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 PALETS PENEDÉS S.L. 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 le 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 PENEDÉS S.L. 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 acordar el trámite de audiencia previsto en el art. 51.4 de la LDC y ello al considerar que:

Vamos a analizar ahora como opera el cambio de calificación jurídica en el caso de PALETS PENEDÉS S.L., la entidad aquí recurrente. La propuesta de resolución la imputa: *"por los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.* Por su parte, la resolución recurrida la sanciona: *"por su participación en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008."*

Pudiera pensarse que, en realidad, no ha existido alteración de calificación jurídica alguna pues la resolución sancionadora reproduce los términos de la conducta imputada en la propuesta de resolución.

Sin embargo, ello no es así porque la parte dispositiva de la resolución recurrida en su apartado primero afirma que *"se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, y del artículo 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución."*

Si acudimos al Fundamento de derecho citado que acabamos de transcribir, vemos como en él, la Sala de Competencia discrepa de la calificación jurídica efectuada por la Dirección de Investigación y aprecia **una infracción única y continuada, de naturaleza compleja**, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL.



La contradicción entre la calificación de la infracción y la sanción que finalmente se impone a PALETS PENEDÉS S.L. es evidente y aunque, ciertamente, a la actora se le sanciona por participar en los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, la Sala de Competencia rechaza la existencia de dos infracciones autónomas porque aprecia vínculos entre el intercambio de información sensible y el cártel de fijación de precios que impiden considerarlas como infracciones diferenciadas.

En éste sentido destaca diversos elementos de unidad de actuación y finalidad que permiten, a su juicio entender, que se trata de una única infracción continuada de naturaleza compleja por la correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas, que se trata de dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y que ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través, primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado.

Esa diferente calificación jurídica en la que la Sala de competencia aprecia un objetivo común compartido en el que la conducta que se imputa a PALETS PENEDÉS S.L. se integra, requería, por su novedad, dudas jurídicas que suscita a los afectados y trascendencia, como luego veremos, dar traslado de la misma conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007, para que la recurrente pudiera formular alegaciones al respecto.

Entendemos que, en el presente expediente S/0428/12 PALÉS, debió darse traslado para alegaciones, no solo a las empresas que tras la nueva calificación jurídica vieron agravada su situación jurídica por la ampliación temporal de los hechos, caso de PALLETS TAMA y otras, sino también a aquellas como la recurrente que aunque formalmente se la sanciona conforme a la propuesta de resolución, sin embargo, la nueva calificación jurídica presenta una valoración distinta con incidencia en posibles reclamaciones futuras de daños conforme al art. 73 de la Ley 15/2007.

La contradicción apreciada entre los términos en que se razona en el Fundamento de Derecho Quinto y la sanción finalmente impuesta y las dudas que suscita el alcance que pudiera tener la nueva calificación imponía la necesidad de oír a las entidades afectadas sobre ésta, antes de dictar la resolución sancionadora.

La omisión de dicho trámite, previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, constituye por ello una infracción sustancial del procedimiento que determina la nulidad de la resolución sancionadora porque ha impedido conocer a la recurrente el alcance real y la trascendencia del cambio de calificación jurídica.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución, pero esta nueva calificación jurídica como infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que, se entiende que en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales y respecto del que se considera acreditado que PALETS PENEDÉS S.L. conocía aquel plan preconcebido con finalidad anticompetitiva con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles y eventuales reclamaciones por daños que puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, requería haber dado traslado para alegaciones a la recurrente, conforme al art. 51.4 de la Ley 15/2007. (..)Por lo demás, el presente caso, es diferente al enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, rec.5106/2009 en el que dicha sentencia aborda el problema, en relación con una conducta de abuso de posición de dominio, de si se produjo por el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración sustancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

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

La diferencia estriba, insistimos, en la omisión del trámite de audiencia que impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007 frente al cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia que impidió a PALETS PENEDÉS S.L. formular alegaciones y defenderse. En consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a PALETS PENEDÉS S.L., sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda."



Estos razonamientos no pueden ser compartidos. 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 al tenor literal de la parte dispositiva de la resolución administrativa no es posible extraer la conclusión de que en este caso se sancionase a la empresa PALETS PENEDÉS, S.L., 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.

De lo expuesto en los apartados anteriores esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo deriva 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 acordar un nuevo trámite de audiencia, en los términos indicados en el citado precepto legal.
- 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, 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.

En consecuencia con lo razonado, debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de



la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 460/2014, que casamos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.1 de la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se ordena la retroacción de las actuaciones procesales del mencionado recurso contencioso-administrativo al momento anterior a dictar sentencia y su devolución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que resuelva lo que estime pertinente sobre los demás motivos de impugnación formulados por la mercantil PALETS PENEDÉS S.L contra la resolución de la Sala de Competencia del Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de septiembre de 2014.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico segundo de esta sentencia, respecto de la interpretación aplicativa del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 460/2014, que casamos.

Segundo.- Ordenar la retroacción de las actuaciones procesales del mencionado recurso contencioso-administrativo al momento anterior al de dictarse sentencia y su devolución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que resuelva lo que estime pertinente sobre los demás motivos de impugnación formulados por la mercantil PALETS PENEDÉS S.L contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Tercero.-No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Eduardo Calvo Rojas

María Isabel Perelló Doménech Diego Córdoba Castroverde

Ángel Ramón Arozamena Laso Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.