



Roj: **STS 4264/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4264**

Id Cendoj: **28079130032018100429**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **5329/2017**

Nº de Resolución: **1700/2018**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3234/2017,**  
**ATS 320/2018,**  
**STS 4264/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.700/2018**

Fecha de sentencia: 30/11/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5329/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 5329/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1700/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 30 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5329/2017, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de julio de 2017 en el recurso contencioso-administrativo número 445/2014. Es parte recurrida Pallet Tama, S.L., representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D. Crisanto Pedro Pérez-Abad Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de julio de 2017, estimatoria del recurso promovido por Pallet Tama, 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, por la que se resolvía el expediente sancionador número S/0428/12. En dicha resolución se declaraba acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, única y continuada, de naturaleza compleja, de la que se declara responsable, entre otros sujetos, a la demandante, a la que se impone una multa por importe de 739.561,13 euros.

**SEGUNDO.**- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 16 de octubre de 2017, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.**- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 19 de enero de 2018 por el que se admite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el mismo tiene interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y 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 y continuada de naturaleza compleja, en lugar de una o varias infracciones únicas y continuadas de naturaleza simple, y, en caso afirmativo, si dicho cambio es susceptible de producir indefensión a la recurrente, todo ello a efectos de lo establecido por el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**CUARTO.**- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, alegando en el correspondiente la infracción del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Termina dicho escrito con el suplico de que se estime el recurso, fijando la interpretación de las normas y jurisprudencia que invoca, y que se anule 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 e actuaciones del procedimiento sancionador al momento en que se cometió la infracción; con costas.

**QUINTO.**- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se adopte resolución desestimando el mismo y confirmando la sentencia recurrida.

**SEXTO.**- Por providencia de fecha 25 de julio de 2018 se ha señalado el día 13 de noviembre de 2018 a las 9:30 horas para la celebración de vista pública, en que ha tenido lugar dicho acto, iniciándose a continuación la deliberación del recurso.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 17 de julio de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) en materia de defensa de la competencia. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo entablado por Pallet Tama, S.L. y anuló la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de septiembre de 2014, por la que el órgano regulador había sancionado a la citada mercantil y a otras empresas del sector por una infracción única y continuada, integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de palés de madera de calidad controlada desde noviembre de 2.005 a noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial de cifras de producción y reparación entre julio de 1.998 y noviembre de 2011.

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

El recurso fue admitido por Auto de 19 de enero de 2018, en el que se considera que tiene interés casacional para la formación de la jurisprudencia determinar si partiendo de los mismos hechos ha existido un cambio de calificación jurídica y, en tal caso, si el mismo es susceptible de producir indefensión a la vista de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Abogado del Estado sostiene en su recurso que la resolución sancionadora no alteró los hechos que habían sido objeto de debate y en consecuencia, que el cambio de calificación no causó indefensión alguna a la empresa sancionada.

### SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

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

" **QUINTO.-** De éste modo, en el Fundamento Jurídico Quinto, la resolución aquí recurrida precisa que:

*"El Consejo considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a **cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.***

**La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011,** entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; **y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL** entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A.T.M., BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL."

Vamos a analizar ahora como opera el cambio de calificación jurídica en el caso de PALLETS TAMA, la entidad aquí recurrente.

La propuesta de resolución la imputa:

*"su participación en el cártel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011 y por los intercambios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta octubre de 2008."*

Sin embargo, la resolución recurrida la sanciona:

*"por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011."*

Esta modificación es relevante, porque implica una ampliación de los hechos ya que frente a las dos conductas que se le imputaban inicialmente la resolución recurrida la sanciona por su participación en una infracción única, continuada y compleja de fijación de precios e intercambio de información desde el inicio, julio de 1998. Se trata, por tanto, de un cambio relevante de calificación jurídica realizada sin dar previo traslado a las entidades luego sancionadas para formular alegaciones al respecto y que vulnera lo dispuesto en el art. 51.4 LDC.



No obstante, por lo que se refiere a TAMA, pudiera pensarse que la alteración de la calificación jurídica, no obstante la falta de trámite de audiencia, no le ha originado indefensión alguna pues la resolución recurrida, (folio 104), dice que:

*"Por todo ello, esta Sala debe atender la alegación presentada por las entidades TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO y considerar que las prácticas analizadas constituyen una única infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales, bajo la participación determinante de CALIPAL."*

Es decir, que el cambio de calificación jurídica se hizo a instancia de tales empresas por lo que habrá que analizar si la resolución impugnada acoge íntegramente esa pretensión, en cuyo caso podríamos entender que, en realidad, la resolución recurrida se ha limitado a asumir tal criterio propuesto por la propia recurrente lo que excluiría la idea de indefensión. Sin embargo, la resolución recurrida únicamente dice que *"TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO solicitan que, en el supuesto de que se determine que ha existido un cártel, se considere la existencia de una única infracción."*

Es decir, lo que pidió fue que el intercambio de información se integrase dentro de la conducta constitutiva de cartel en las fechas en que se entendiera acreditada su participación por lo que no puede sostenerse que el cambio de calificación jurídica se realizó a instancia de TAMA cuando, la resolución sancionadora modifica los hechos, ampliándolos de tal modo que al cambiar la calificación jurídica agrava su situación. Efectivamente, en la propuesta de resolución, a TAMA se le imputa la participación en un cartel de fijación de precios y condiciones comerciales desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011 y en intercambios de información sobre precios de información relativos a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta octubre de 2008.

Sin embargo, la resolución sancionadora la castiga por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011.

Quiere ello decir, que la resolución sancionadora ha ampliado los hechos que toma como base para sancionar pues da por sentado que TAMA formó parte del plan preconcebido instrumentado en las dos conductas descritas desde su origen, en 1998 y no desde 2005, como indicaba la propuesta de resolución, introduciendo así, mediante la ampliación de los hechos una alteración sustancial en la calificación jurídica que obligaba, a dar traslado a TAMA de dicho cambio para que pudiera formular alegaciones a la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 de la Ley 15/2007.

La omisión de dicho trámite, constituye una infracción sustancial, causante de indefensión que determina la nulidad de la resolución sancionadora.

**SEXTO.-** Debe tenerse en cuenta, además, que llegamos a ésta conclusión no solo a través de la aplicación del art. 51.4 de la Ley 15/2007, pues sobre la cuestión relativa a si en los expedientes sancionadores la Administración puede, sin dar audiencia al expedientado, imponer finalmente mayor sanción que la anunciada en la propuesta de resolución se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, rec. 336/2013. En ella recuerda que:

[...]

Como vemos, en derecho administrativo sancionador, con carácter general, se extreman las garantías hasta el punto de que la nueva o diferente valoración jurídica de un hecho que consta en la propuesta de resolución impone la necesidad de otorgar trámite de alegaciones al afectado por lo que, con mayor razón habrá de hacerse, al amparo del art. 51.4 de la Ley 15/2007, precepto específico en éste ámbito cuando en la resolución sancionadora se produce una ampliación del ámbito temporal de los hechos sobre los que se fundamenta la agravación de la sanción pues de no hacerlo, se origina indefensión, como aquí sucede.

En el presente caso, la Sala no cuestiona el cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia frente al realizado en la propuesta de resolución pero, al afirmar ahora que TAMA es responsable de una infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011 está ampliando el ámbito temporal de los hechos y agravando la calificación jurídica inicial al poner de manifiesto que desde 1998 TAMA tomó parte en el plan conjunto de actuación que instrumentado en dos fases sucesivas *"respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial"*



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

Esta nueva calificación jurídica como infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales agrava la imputación inicial de TAMA, concretada en la propuesta de resolución, al considerar acreditado que formó parte de aquel plan preconcebido desde 1998 con las consecuencias que ello tiene respecto de la responsabilidad solidaria que asume y las posibles reclamaciones por daños que eventualmente puedan efectuarse al amparo del art. 73 de la Ley 15/2007, además de que la ampliación de los hechos posibilita un incremento de la sanción respecto de la que procedería según la propuesta inicial.

Ha de insistirse en que no se discute la calificación jurídica que efectúa la resolución sancionadora sino en que, a la vista de la trascendencia de la modificación efectuada, prescinda del trámite de audiencia como impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007.

**SÉPTIMO.**- Por lo demás, el presente caso, es diferente al enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, rec.5106/2009 en el que dicha sentencia aborda el problema, en relación con una conducta de abuso de posición de dominio, de si se produjo por el Tribunal de Defensa de la Competencia una alteración sustancial de la imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia, con la consiguiente vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

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

La diferencia estriba, insistimos, en la omisión del trámite de audiencia que impone el art. 51.4 de la Ley 15/2007 frente al cambio de calificación jurídica efectuado por la Sala de Competencia que impidió a TAMA 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 PALLET TAMA, sin necesidad de examinar el resto de los motivos anulatorios esgrimidos en la demanda." (fundamentos de derecho quinto a séptimo)

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

Tal como se recoge en la sentencia impugnada, la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consideró que la empresa recurrente y las demás mercantiles sancionadas habían incurrido en una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y al 101 del TFUE "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 [... TAMA ...], 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 [... y TAMA], junto con CALIPAL" (fundamento quinto de la resolución sancionadora).

Esta calificación suponía un cambio respecto a la propuesta de resolución efectuada por la Dirección de Competencia, que había considerado que tales actuaciones de las empresas investigadas constituían dos infracciones continuadas separadas, cada una con la duración indicada (fundamento tercero de la resolución sancionadora).

No hay duda pues sobre que la Sala de Competencia modificó la calificación jurídica de los hechos, pues en vez de considerar las conductas sancionadas constitutivas de dos infracciones continuadas independientes (acuerdo de precios y condiciones comerciales e intercambio de informaciones), pasó a calificar los mismo hechos como una infracción compleja, única y continuada, integrada por las dos conductas referidas.

Conviene subrayar, sin embargo, que, en contra de lo que se afirma en la Sentencia recurrida, la Sala de competencia, al considerar que se trataba de una infracción única compleja, no modificó la descripción de los hechos ni la duración de las dos conductas (cartel e intercambio de información), sino que consideró que se trataba de actuaciones sucesivas, parcialmente coincidentes en el tiempo, encaminadas a unos



mismos objetivos y, en definitiva, no deslindables como conductas separadas entre sí. Así, en la resolución sancionadora se dice:

" CUARTO

[...]

**4.1. Sobre la consideración de una única infracción y la vulneración del principio non bis in idem.**

Como ha sido expuesto, la Dirección de Competencia afirma en la Propuesta de Resolución la existencia de 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: 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 que exista un vínculo de complementariedad o plan común entre ambas infracciones.

Diversas empresas cuestionan esta afirmación en sus alegaciones a la propuesta de resolución. Así las entidades TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO solicitan que, en el supuesto de que se determine que ha existido un cártel, se considere la existencia de una única infracción y no dos como prevé la propuesta de resolución. Para CUELLAR, la separación de ambas conductas como dos infracciones distintas conllevaría la vulneración del principio *non bis in idem*. Las entidades señalan que el intercambio de información supone una conducta que no puede considerarse una infracción autónoma sino parte del cártel.

*Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo*

Tras un examen de los hechos acreditados en el expediente y las alegaciones presentadas al respecto, esta Sala no puede compartir la aseveración de la Dirección de Competencia respecto a la inexistencia de un vínculo de complementariedad o plan común entre las dos conductas descritas y acreditadas en la propuesta de resolución como infracciones diferenciadas. Para la Sala 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.

Como se ha examinado, la Dirección de Competencia ha acreditado la existencia de una conducta constitutiva de un cártel para la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL. Asimismo, se ha acreditado igualmente la existencia de un acuerdo y práctica concertada consistente en un intercambio de información comercialmente sensible, que se produce entre competidores reales en el mercado de la fabricación y/o reparación de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en España.

Como bien expone la Dirección de Competencia, ambas prácticas podrían ser consideradas por sí mismas como infracciones únicas y continuadas de carácter independiente si se hubieran ejecutado de forma aislada por las empresas imputadas. No obstante, esta posible tipificación como infracción independiente no impide la integración de dicha conducta en una infracción única y continuada de naturaleza compleja si la práctica acreditada se ejecuta de manera simultánea o sucesiva con otras posibles infracciones con las que comparte un objetivo común.

Como afirma la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41, en el que se indica que:

[...] ( *sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258*)"

A los efectos de clarificar la postura de esta Sala, resulta procedente acudir a los criterios judiciales que han venido sirviendo de base para determinar la existencia de infracciones únicas en los procedimientos contra conductas restrictivas de la competencia. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de febrero de 2013, en alusión a la Sentencia de la misma Sala de fecha 6 de noviembre de 2009, e igualmente a la jurisprudencia comunitaria, ha señalado

[...]

Asimismo, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) recuerda también la doctrina del Tribunal General al respecto:

[...]



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.

Por todo ello, esta Sala debe atender la alegación presentada por las entidades TAMA, CUELLAR, HEMASA y CARRETERO y considerar que las prácticas analizadas constituyen una única infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza compleja, en la que, en sucesivas fases las empresas participantes han intercambiado información comercial sensible y han acordado precios y otras condiciones comerciales, bajo la participación determinante de CALIPAL.

A la vista de esta calificación no puede apreciarse, en ningún caso, la existencia de una vulneración del principio non bis in ídem invocado por CUELLAR, en tanto en cuanto, no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa, al haber sido calificada la conducta como infracción única y continuada.

En definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso corresponda a cada parte por su distinta participación en los hechos -que se tomará en consideración en el momento de determinar la sanción-, nos encontramos ante una única infracción del artículo 1 de la LDC. Como se deduce de los hechos acreditados, dicha infracción ha afectado al mercado de desde 1998 a 2011. Se trata además de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC y, como tal, merecedora de sanción."

#### **" QUINTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO**

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el consejo considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO,



CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A.T.M., BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL.

Si bien es cierto, que tanto en la fijación de precios como el intercambio de información sensible han constituido restricciones de la competencia por su objeto y ello hubiese sido suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que ambas conductas han ocasionado efectos perniciosos en el mercado de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, y ello refuerza la consideración de la existencia de una infracción única que debe merecer un castigo desde el punto de vista del derecho sancionador.

[...]"

Por otra parte también es un hecho cierto y no discutido que el referido cambio de calificación se hizo directamente en la resolución sancionadora, sin que previamente se hubiera comunicado a las empresas sometidas al expediente sancionador y, por tanto, sin que éstas hubieran podido alegar específicamente sobre el mismo en fase administrativa antes de que se dictase la resolución sancionadora.

Por consiguiente, la cuestión que se debate en el pleito, y así se reflejó en la vista, no es tanto si hubo o no cambio de calificación, lo que está fuera de duda, sino si el cambio que efectivamente se produjo fue conforme a derecho o si causó indefensión, como alega la parte demandada y niega la Administración del Estado.

**CUARTO.-** Sobre la jurisprudencia relativa al trámite de audiencia del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de resolución del procedimiento sancionador por parte del Consejo de la anterior Comisión Nacional de la Competencia, hoy correspondiente a la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Su apartado 4 establece lo siguiente:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

El precepto coincide con lo que establecía el artículo 43.1 de la anterior Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en relación con el eventual cambio de calificación por parte del anterior Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyo tenor literal era el siguiente:

"1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver."

Pues bien, en relación con este precepto esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que en supuestos de un cambio de calificación, sin modificación de los hechos, la omisión del citado trámite de audiencia no conllevaba la invalidez de la resolución sancionadora en tanto no se hubiera producido indefensión, factor éste (la existencia o no de indefensión) que se exige como el principal criterio interpretativo (entre otras, sentencias de 30 de enero de 2012 -RC 5106/2009- y de 3 de febrero de 2015 -RC 3854/2013-)

Así, en la sentencia de 3 de febrero de 2015 (RC 3854/2013), en la que también se trata de un supuesto de cambio de calificación de infracción única a compleja, dijimos:

"Tal como hace la Sentencia impugnada, asumiendo de forma expresa los términos que reproduce de una Sentencia anterior en la que se desestimó el recurso de otra de las empresas sancionadas, hay que rechazar la queja de indefensión. En efecto, en ningún caso se ha producido en la resolución sancionadora un cambio respecto a los hechos en los que se basa la imputación, y el cambio de calificación jurídica (varias infracciones o infracción continuada) no ha supuesto una alteración de los términos del debate. Esto es así, tal como se refleja en las consideraciones de la resolución sancionadora contenidas en el fundamento de derecho tercero relativo a las alegaciones de las partes (epígrafe "calificación" de la información), de donde resulta que la



cuestión sobre la existencia de uno o varios cárteles y, en definitiva, de varias infracciones o una infracción continuada estuvo presente en la tramitación del expediente. Así pues, resulta evidente que si la resolución sancionadora finalmente acogió una tesis calificadora entre las que se debatieron durante la investigación, difícilmente puede la recurrente alegar que dicho cambio resultó una alteración de los términos del debate o que le causase indefensión. Debe pues rechazarse el motivo."

Incluso puede haber también, según hemos destacado en la Sentencia de 30 de enero de 2012 (RC 5106/2009) una modificación de los hechos si ha habido nuevas diligencias probatorias -en este caso siempre con posibilidad para las partes de alegar sobre ellas-, o bien una nueva selección o configuración de los hechos, siempre que se trate de las mismas conductas investigadas y, en todo caso, que no se haya producido indefensión.

Asimismo y en relación con la Ley vigente, en un procedimiento de derechos fundamentales (sentencia de 15 de octubre de 2018, RC 1840/2017) esta Sala (Sección Cuarta) ha dicho:

" **NOVENO.**- *La posición de la Sala.*

Lo primero, hemos de recordar lo dicho en la precitada Sentencia de 31 de octubre de 2013 recaída en un proceso de protección de los derechos fundamentales.

No basta con invocar la producción de indefensión, sino que deben mostrarse siquiera indicios de su acontecimiento material.

Pero, además, compartimos la posición de la STS de 30 de enero de 2012 respecto a que no lesiona el art. 24 CE cuando se efectúa una nueva calificación sin modificar los hechos incluyendo la prolongación temporal de la infracción imputada, que es lo mantenido por la Sala de instancia con respecto al art. 51.4 de la Ley 15/2007, de 15 de julio.

La interpretación que se acaba de sentar en relación con los preceptos concretados por la Sección Primera de esta Sala conduce a la desestimación de la pretensión que la sociedad recurrente deduce en el escrito de interposición del recurso.

En consecuencia se desestima el recurso de casación interpuesto, fijando la doctrina expuesta.

Por ello se ratifica la doctrina establecida por la STAN objeto del presente recurso."

Pues bien, en virtud del principio de unidad de doctrina hemos de reiterar ahora la jurisprudencia sentada en los citados precedentes. El artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia -como el 43.1 de la anterior Ley- establece de manera taxativa la obligación del organismo regulador de otorgar un trámite de audiencia a los sujetos expedientados en el supuesto de que se planteen cambiar la calificación de la conducta investigada en la resolución sancionadora respecto a la formulada durante la instrucción y sobre la que se ha trabado el debate en vía administrativa. Como es claro, si el legislador ha previsto que los sujetos expedientados conozcan y puedan alegar sobre la propuesta de resolución es porque entiende que dicha posibilidad constituye una exigencia del principio de defensa. Consiguientemente, si antes de que dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de la calificación, es natural que, aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, dicha modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente. En efecto, aun en el caso de que no se vea acompañada por una modificación de los hechos, un cambio de calificación puede suponer, en principio, un cambio también en la sanción que haya que imponer. Y en todo caso, aun en el supuesto en que no suponga una agravación de la sanción, parece natural y lógico que los expedientados puedan alegar sobre algo de tanta relevancia jurídica como lo es la determinación precisa de la infracción que se les imputa.

No cabe duda pues de que la omisión de dicho trámite constituye una infracción procedimental contraria a derecho. Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia antes vista, dicha infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución conocida por los sujetos expedientados no les ha causado una efectiva indefensión material. Y sin duda, en la medida en que la Administración sancionadora ha actuado de manera irregular, contrariando el tenor literal de la Ley, pesa especialmente sobre ella la necesidad de acreditar que efectivamente no se ha producido indefensión ni perjuicio alguno al derecho de defensa de los sujetos sancionados.

**QUINTO.**- Sobre la existencia o no de indefensión en el caso de autos.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, procede verificar si en el supuesto que enjuiciamos la empresa recurrente ha podido sufrir indefensión, como se afirma en la sentencia de instancia, o si bien puede excluirse con certeza que haya sufrido perjuicio alguno en su derecho de defensa.



Afirma la sentencia de instancia en el fundamento de derecho quinto, antes transcrito, que la resolución sancionadora, al castigar a la recurrente por su participación en una infracción única y continuada ha ampliado los hechos "pues da por sentado que Tama formó parte del plan preconcebido instrumentado en las dos conductas descritas desde su origen, en 1998 y no desde 2005, como indicaba la propuesta de resolución, introduciendo así, mediante la ampliación de los hechos una alteración sustancial en la calificación jurídica que obligaba a dar traslado a TAMA de dicho cambio para que pudiera formular alegaciones a la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 de la Ley 15/2007".

Tal afirmación es sin duda errónea, puesto que como hemos visto en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, la transformación de las dos infracciones en una única y compleja no alteró la duración de cada una de las dos conductas que la integran (intercambio de información de 1998 a 2011 y cartel de 2005 a 2011), aunque la Sala de Competencia les concede una unidad de actuación y finalidad y una estrecha interrelación que le conducen al cambio de calificación a una infracción única y compleja.

Ahora bien, en el presente supuesto y respecto a la mercantil recurrente Tama concurren circunstancias que excluyen plenamente la existencia de indefensión, pese a aducir en su demanda y en la vista diversos perjuicios potenciales como consecuencia de que la resolución sancionadora haya pasado de la doble infracción por sendas conductas anticompetitivas continuadas a una única infracción compleja y continuada. En efecto, Pallet Tama, S.A. (así como las sociedades Cuellar, Hemasa y Carretero) solicitaron expresamente que, de entenderse que había existido un cartel, se considerase la existencia de una única infracción y no dos, como se sostenía en la propuesta de resolución (véanse los fundamentos cuarto y quinto de la resolución sancionadora, reproducidos más arriba).

Tal planteamiento pone de relieve que la cuestión de si los hechos constituían dos infracciones o bien una sola, como ha acordado la resolución sancionadora, fue debatida por la recurrente y la resolución sancionadora acoge precisamente lo que fue su propio planteamiento en fase administrativa. Ello evidencia que se confunde la Sala de instancia, no sólo al asegurar que hubo cambio en los hechos, sino también al entender que la actora sufrió indefensión. En efecto no puede sostenerse que la mercantil Pallet Tama haya sufrido indefensión por haber sido sancionada con la calificación jurídica de una infracción única y compleja que abarca todas las conductas infractoras cuando ella misma solicitó que se admitiera la existencia de cartel, ambas actuaciones (intercambio de información y cartel) se considerasen una única infracción, lo que suponía, evidentemente, integrar y calificar ambas prácticas anticompetitivas como una única infracción.

Debemos por estimar el recurso de casación del Abogado del Estado y casar la sentencia recurrida.

**SEXTO.-** Sobre el pleito de instancia.

Estimado el recurso del Abogado del Estado y casada la sentencia de instancia, hemos de resolver lo planteado en su demanda contencioso-administrativa por parte de Pallet Tama. Sin embargo, habida cuenta que en la misma se plantean cuestiones no abordadas en el debate de casación, en el que el recurrente es la Administración del Estado, y que se encuentra estrechamente ligadas a cuestiones de hecho y a la valoración de las pruebas, procede retrotraer las actuaciones al momento anterior de dictar sentencia por la Sala juzgadora de la Audiencia Nacional, a fin de que dicte nueva sentencia acorde con los criterios expuestos en los fundamentos de derecho cuarto y quinto.

**SÉPTIMO.-** Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación.

El artículo 51.4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia establece de manera clara la obligación del organismo regulador de otorgar un trámite de audiencia a los sujetos expedientados en el supuesto de que se planteen cambiar la calificación de la conducta investigada en la resolución sancionadora respecto a la formulada durante la instrucción y sobre la que se ha trabado el debate en vía administrativa. Por tanto, si antes de dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de dicha propuesta de manera relevante, como sin duda lo es una modificación de la calificación aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, es procedente que tal modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente; de manera que la omisión de dicho trámite de audiencia constituye una infracción procedimental contraria a derecho. Ahora bien, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados. Y en la medida en que la Administración sancionadora ha actuado de manera irregular, contrariando el tenor literal de la Ley, pesa sobre ella acreditar que efectivamente no se ha producido indefensión ni perjuicio alguno al derecho de defensa de los sujetos sancionados.

**OCTAVO.-** Conclusión y costas.



Ha lugar al recurso de casación entablado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 17 de julio de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.1 de la Ley jurisdiccional se retrotraen las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia por la citada Sala para que dicte nueva sentencia tal como se expresa en el fundamento de derecho sexto.

No procede imponer las costas causadas en casación.

## 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 séptimo:

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 17 de julio de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 445/2014.
2. Casar y anular la sentencia objeto del recurso.
3. Ordenar que se retrotraer las actuaciones del mencionado recurso contencioso-administrativo al momento anterior al de dictarse sentencia, conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.
4. No hacer imposición de las costas causadas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Fernando Roman Garcia.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-