Roj: **SAN 3377/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3377**

Id Cendoj: **28079230062017100291**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **21/07/2017**
Nº de Recurso: **469/2014**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3377/2017,**
ATS 322/2018,
STS 4282/2018

FONDO DOCUMENTAL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000469 / 2014

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **06096/2014**

Demandante: **ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.**

Procurador: **D. JUAN CARLOS ESTÉVEZ FERNÁNDEZ NOVOA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 469/14 promovido por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa en nombre y representación de **ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.** , contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 144.567,50 euros de multa por la comisión de

una infracción muy grave. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad, o, subsidiariamente, la anulabilidad de la resolución, o la reducción de la sanción de multa impuesta.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 5 de mayo de 2017, en que tuvo lugar la deliberación, que se prolongó a sucesivas sesiones.

CUARTO .- Mediante providencia de 15 de junio de 2017 se acordó oír a las partes por término de diez días sobre el alcance que cabía atribuir al art. 51.4 de la Ley 15/2007 . Presentadas las alegaciones que obran en autos, se señaló la audiencia del día 19 de julio de 2017 para la deliberación del asunto.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 22 de septiembre de 2014 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0428/12 "PALÉS", cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente 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.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Sexto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.

(...).

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas.

ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., 144.567,50 Euros.

(...)

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la Documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Séptimo."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes : < span style='mso-spacerun:yes'>

1. Con fecha 26 de junio de 2012, la extinta CNC llevó a cabo inspecciones simultáneas en la sede de MADERAS JOSÉ SAIZ, S.L. (SAIZ), PALLET TAMA, S.L. (TAMA), PALETS J. MARTORELL, S.A. (MARTORELL), SERRADORA BOIX, S.L. (BOIX) y en la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA (CALIPAL).

El mismo 26 de junio de 2012, la DI notificó un requerimiento de información a diversas empresas. Lo mismo el 3 de julio y el 14 de septiembre de 2012.

2. Con fecha 28 de septiembre de 2012, en virtud de la información reservada realizada, la DI acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC , incoar expediente sancionador S/0428/12 Palés, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 de la Ley 16/1989 , 1 de la LDC y 101 del TFUE , contra AGLOLAK, CUELLAR, A.T.M., BAMIPAL, CARPE, CARRETERO, CASTILLO, EBAKI, ECOLIGNOR, BLANCO, CASAJUANA, NOVALGOS, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, SAIZ, MARTORELL, PENEDES,

TAMA, SAUHER, BOIX, RAMÍREZ, TOLE DOS y la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA, siendo notificado a las entidades incoadas ese mismo día (folios 5491 a 5520).

3. Con fecha 4 de febrero de 2013, se acordó, de conformidad con el artículo 29 del RDC, la ampliación de la incoación contra las empresas GRUP JOAN MARTORELL, matriz de MARTORELL, S.A.; INVERSIONES GRUPO SAIZ, matriz de SAIZ; SONAE INDUSTRIA, matriz de CUELLAR; TOLE CATALANA, matriz de TOLE CATALANA DOS y UNCASHER, matriz de M.V.CASTILLO (folios 7114 a 7146).

4. El día 3 de septiembre de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándose a las partes.

5. El día 31 de enero de 2014, conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia , la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción, siendo notificado a los interesados ese mismo día.

6. El día 5 de febrero, la DC eleva al Consejo su Informe y Propuesta de Resolución (PR) y lo notifica a los interesados.

7. Con fecha 2 de julio de 2014, se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de que la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, había sido efectuada el 27 de junio de 2014, informando igualmente que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007 , había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de septiembre de 2014, dictando la resolución que aquí se impugna.

SEGUNDO.- En dicha resolución se reflejan como hechos probados, partiendo del pliego de concreción de hechos que fue notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Consejo con fecha 10 de agosto de 2012, y de la información que consta en el expediente, que CUELLAR es una sociedad anónima constituida en 1988, perteneciente desde 1993 al grupo empresarial portugués cuya empresa matriz es SONAE, a través de la sociedad interpuesta "AGLOMA INVESTIMENTOS, SGPS., S.A." (AGLOMA), que tiene la totalidad de las acciones de CUELLAR. El grupo portugués cuya empresa matriz es SONAE, y en el que se integra CUELLAR, es un conglomerado cuyas acciones se encuentran admitidas a negociación en el índice Euronext Lisbon, detentando EFANOR INVESTIMENTOS, SGPS, S.A. las acciones representativas del 51,43% del capital social, así como los correspondientes derechos de voto, perteneciendo el resto del capital social a accionistas particulares. El objeto social de CUELLAR viene definido en el artículo 2 de sus Estatutos sociales que incluye "la producción y comercialización de todo tipo de embalajes de madera y/ o elementos de transporte, almacenamiento o recepción de mercancías, derivados de la madera". En concreto, CUELLAR fabrica palés de madera y específicamente palés con calidad controlada EUR/EPAL, variando los tipos y medidas en función de la solicitud de sus clientes. Entre los años 2005 y 2012 han fabricado hasta 475 tipos de palés de madera. En 2010 contaba con 50 empleados y facturó 7.450.489€. La cuota de mercado de CUELLAR entre 2005 y 2010 en el mercado de palés de madera EUR/EPAL ha oscilado entre el 1 y el 3%, fabricando al año entre 30.000 y 80.000 unidades de palés certificados EUR/EPAL. CUELLAR fabricó en los tres primeros trimestres de 2011 el 1,98% (58.664 unidades) del total de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL.

La resolución sancionadora, tras describir cada una de las entidades intervinientes en las prácticas prohibidas, analiza el mercado de producto relevante afectado en este expediente, que es el de la fabricación y distribución de palés de madera, modelo europalé, con licencia de calidad controlada EUR/EPAL, otorgado por EPAL, Asociación europea sin ánimo de lucro que agrupa a fabricantes, comerciantes, reparadores, utilizadores de paletas EUR y materiales auxiliares de calidad controlada.

Así, pone de manifiesto que tiene por misión garantizar la calidad de la paleta EUR, así como la marca comercial y de calidad y fiabilidad EPAL. Para cumplir con esta finalidad, cuenta con unos Comités Nacionales en cada uno de los 18 países europeos miembros de esta Asociación.

En el caso de España, CALIPAL es el comité nacional que se encarga de hacer un seguimiento del control de la calidad y cumplimiento de la reglamentación técnica de EPAL.

De acuerdo con la información aportada por las empresas que utilizan estos productos, los palés con calidad controlada EUR/EPAL son palés reconocidos como intercambiables, con un buen mercado de reutilización y de segunda mano.

Según EPAL, la vida útil aproximada de un palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL es de seis años con una aplicación aproximada de 15 rotaciones, aunque estas cifras dependen también de las reparaciones que reciban por daños. Eso explica que la demanda real supera el volumen de producción que fue de 66 millones en Europa en 2012 y de 3 millones en España.

El mercado geográfico afectado es el mercado español de fabricación y distribución de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL y es este mercado nacional el mercado geográfico de referencia en este expediente sancionador, afectando a la distribución de dichos palés en todo el territorio español.

Además, como muchas de la empresas adquirentes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL utilizan este tipo de palés para la exportación de sus mercancías, por tener unas características de calidad, homologación, resistencia y proceso de fumigado que lo han convertido en el palé más exigido o reclamado en todo el mercado comunitario, al tratarse de un palé de madera aceptado en toda Europa para el tráfico de mercancías, por permitir su transporte, aceptación, reutilización y retorno, es decir, permitiendo su intercambio junto con las mercancías transportadas, el mercado intracomunitario también estaría afectado por las conductas objeto de este expediente, siendo de aplicación el artículo 101 del TFUE .

La resolución recurrida concluye que:

"Las conductas objeto de sanción constituyen 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".

A juicio del *Consejo "... ambas conductas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC , que considera infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."*

El Consejo entiende probados los hechos por *"el contenido de las actas de las reuniones, los correos electrónicos obtenidos en las inspecciones, las anotaciones manuscritas de las empresas, la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad con la que se celebraban los encuentros, las represalias adoptadas contra las empresas incumplidoras de los acuerdos colectivos, o la solicitud de asesoramiento jurídico sobre sus actuaciones a efectos de salvaguardar, al menos aparentemente, el cumplimiento de la normativa de competencia, conductas propias de un cartel".*

Y respecto de la concreta participación de la sociedad recurrente, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"ASERRADEROS DE CUELLAR, S.A. y solidariamente su matriz, SONAE INDUSTRIA, S.G.P.S., por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y 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 julio de 2009".

TERCERO .- De entre los diferentes motivos de impugnación, procede analizar en primer término el relativo a la eventual vulneración de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007 . Ha de recordarse que, una vez deliberado el asunto, la Sala, al amparo del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional , decidió, mediante providencia de 15 de junio de 2017, oír a las partes sobre el alcance que pudiera tener en la resolución sometida a nuestro enjuiciamiento dicho precepto, presentando la actora y el Abogado del Estado las oportunas alegaciones al respecto.

Pues bien, es ésta una cuestión abordada y resuelta en los restantes procedimientos planteados frente a la misma resolución sancionadora, en particular, en el recurso núm. 445/14, que ha concluido por sentencia de 17 de julio de 2017 que transcribimos a continuación por ser, como decimos, sus fundamentos plenamente trasladables al caso aquí analizado:

"Conviene precisar que dada la trascendencia de la cuestión vamos a comenzar abordando éste motivo con independencia del orden de cuestiones suscitadas por la parte recurrente en su escrito de demanda.

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."

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 el 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 le 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:

A) El Tribunal Constitucional ha tratado de esta cuestión, entre otras, en sentencias 29/1989, de 6 de Febrero ; 98/1989, de 1 de Junio ; 145/1993, de 26 de Abril ; 160/1994, de 23 de Mayo ; 117/2002, de 20 de Mayo ; 356/2003, de 10 de Noviembre (auto); 55/2006, de 27 de Febrero y 169/2012, de 1 de Octubre .

B) Aparte de la conocida conclusión de que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución son trasladables al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pero con ciertos matices, (derivados sobre todo del hecho de que el procedimiento sancionador administrativo no conoce una diferenciación tajante entre instrucción, acusación y decisión), se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:

1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.

2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.

3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución, siempre que no se altere la calificación jurídica del hecho imputado y la sanción se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo sancionador.

B) También este Tribunal Supremo ha estudiado repetidamente el problema que nos ocupa, por ejemplo en sentencias, entre otras, de 19 de Junio de 1993 (recurso nº 2702/1988); 21 de Abril de 1997 (recurso nº 191/1994); 19 de Noviembre de 1997 (recurso nº 536/1994); 3 de Marzo de 1998 (recurso nº 606/1994); 23 de Septiembre de 1998 (recurso nº 467/1994); 30 de Diciembre de 2002 (recurso nº 595/2000); 3 de Noviembre de 2003 (recurso nº 4896/2000); 2 de Marzo de 2009 (recurso nº 564/2007); 2 de Noviembre de 2009 (recurso nº 611/2007); 14 de Diciembre de 2011 (recurso nº 232/2011); 18 de Junio de 2013 (recurso nº 380/2012); 30 de Octubre de 2013 (recurso nº 2184/2012) y 21 de Mayo de 2014 (recurso nº 492/2013).

De este cuerpo de doctrina extraemos las siguientes conclusiones:

&nbs p;

1ª.- La imposición de una sanción más grave que la anunciada en la propuesta de resolución exige nuevo trámite de audiencia si ello deriva de hechos distintos a los contenidos en la propuesta o si es consecuencia de una modificación de la calificación jurídica de los mismos.

&nbs p;

2ª.- Tampoco puede imponerse sanción más grave sin previa audiencia, si ello es consecuencia del rechazo de circunstancias modificativas que hubieren sido tenidas en cuenta en la propuesta de resolución. (En concreto, las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 2013 -recurso nº 2184/2012 - y 21 de Mayo de 2014 -recurso nº 492/2013 -, se refieren a una causa de atenuación de la responsabilidad, regulada en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , que fue apreciada en la propuesta de resolución y rechazada, sin audiencia previa, en la resolución sancionadora).

3ª.- La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar si es necesaria una repetición del trámite de audiencia cuando la resolución sancionadora asume los hechos tal como los refirió el instructor en su propuesta y tampoco varía su calificación jurídica, apartándose de la propuesta únicamente en la determinación del exacto importe de la sanción dentro del abanico o intervalo correspondiente a esa calificación jurídica. No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente se inclina por exigir también en estos casos un nuevo trámite de audiencia."

En el caso al que se refiere esta sentencia, la resolución sancionadora incrementaba la sanción sobre la propuesta de resolución lo que anula el Tribunal Supremo-- en virtud de "un factor de agravación de la sanción, que no constituye en realidad un hecho, sino un juicio de valor sobre las consecuencias de un hecho (la no abstención), no un juicio jurídico, sino un juicio producto de la aplicación a un hecho de las normas de la experiencia. Pero, en todo caso, un juicio y una conclusión que no se encontraban en la propuesta de resolución y que ha servido al órgano decisor para agravar casi en una mitad más la sanción propuesta, sin que sobre ello hubiera tenido oportunidad la expedientada de hacer alegaciones".

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 sanción.

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 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".

Como decimos, tales consideraciones son aplicables al supuesto de autos al haberse producido, también en el caso de ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., la misma omisión del trámite de audiencia. En consecuencia, procede la estimación de su recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a la entidad actora, sin necesidad de examinar el resto de los motivos esgrimidos en la demanda.

CUARTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , las costas habrán de ser satisfechas por la Administración demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa en nombre y representación de **ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.** , contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 144.567,50 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, resolución que anulamos por ser contraria a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Voto particular

que formula el magistrado Ilmo. Sr. D SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO a la sentencia de 26 de julio de 2017, recurso nº 469/14, Aserraderos de Cuellar SA.

SENTENCIA

I . Manifiesto mi acuerdo con los antecedentes de hecho de la sentencia recaída en los presentes autos.

II . Mi discrepancia se refiere a su fundamentación jurídica aunque no a la parte dispositiva, que también comparto.

III . A continuación incorporo el texto alternativo que en mi opinión debería justificar un pronunciamiento estimatorio.

La diferencia esencial respecto de la mayoría radica en el carácter sustantivo de la infracción del artículo 51.4 de la Ley 15/2007 , que establece un régimen legal distinto al previsto en el artículo 20.3 del RD 1398/1993 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Valoro especialmente su impacto y consecuencias a la vista de lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva de daños).

IV . La propuesta alternativa que presenté a la Sala con ocasión de la deliberación de este asunto es la siguiente:

La cuestión que debe analizarse es la relativa a la denunciada indefensión causada a la recurrente por el cambio de calificación jurídica de la infracción, realizada por el Consejo de la CNMC, sin haberle dado previamente audiencia.

Esta es una cuestión sumamente controvertida y que hasta el presente cuenta con una respuesta estable de esta Sala, confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 12 de enero de 2016, recurso de casación nº 3853/2013 entre otras muchas), en sentido desestimatorio de la pretensión formulada, siempre que el Consejo de la CNMC al proceder al cambio de calificación jurídica de los hechos sin previa audiencia de la parte afectada, respete íntegramente el relato fáctico y la sanción que se imponga sea de menor gravedad que la propuesta.

No obstante, en este momento entendemos necesario proceder a un cambio en nuestra respuesta.

La razón de este cambio de criterio, que se hace con vocación de proyectar esta doctrina con carácter general para todos los casos futuros, queda reflejada en la fundamentación que se pasa a exponer y cobra pleno sentido desde la óptica del derechos de defensa de las empresas afectadas por la investigación.

A.) Como punto de partida debemos subrayar la naturaleza penal de las sanciones impuestas en materia de Derecho de la Competencia, ya que las mismas destacan, no sólo por su gran importancia económica, sino también por el daño reputacional que inflingen a las empresas o personas físicas sancionadas y el estigma social que les causan.

Este calificativo de sanción de naturaleza penal, no obstante haber sido dictada en un procedimiento administrativo, constituye doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la que es un ejemplo la sentencia de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics v. Italia, apartados 59 a 62.

Por su parte, el Tribunal de Justicia desde la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C- 501/11 , Schindler, apartados 30 a 39, asume la doctrina contenida en la sentencia del TEDH citada y partiendo de sus postulados, extrae las consecuencias necesarias para realizar un exhaustivo control de plena jurisdicción que haga compatible con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el hecho de que se impongan sanciones administrativas de naturaleza penal por Instituciones como la Comisión Europea, o por las Autoridades Nacionales de Competencia

En estas circunstancias, no nos cabe duda de que debe extremarse el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 24.2 de la CE , cuando el desarrollo del expediente incoado conduzca a la imposición de una sanción de naturaleza penal.

B.) Ya en el plano puramente legislativo interno, el artículo 51.4 de la LDC textualmente dispone lo siguiente: "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".

En total contraste, el artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que: "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Resulta conveniente precisar que esta última norma estaba vigente en el momento de producirse los hechos y aunque en la actualidad está derogada, el artículo 90.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , que la sustituye, mantiene la misma redacción.

Ante esta disparidad regulatoria, no nos cabe duda de la naturaleza de legislación especial del artículo 51.4 de la LDC , pues figura en una norma que regula un sector determinado y singular de la actividad de la Administración, como es el Derecho de la Competencia. Además, puede apreciarse a simple vista que esta regulación difiere sustancialmente de la norma común, a pesar de que ambas disciplinan jurídicamente una misma problemática.

La consecuencia de este carácter especial de la norma, es que el artículo 51.4 LDC desplaza en su aplicación al artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que deviene inaplicable. Sin embargo, a pesar de que esta última norma no fue invocada por la CNMC, la jurisprudencia recaída hasta el presente ha aplicado el contenido del citado artículo 20.3 en detrimento del artículo 54.1 de la LDC , sin justificar las razones de tal forma de proceder.

C.) Tal y como hemos anticipado, es importante subrayar que el artículo 51.4 LDC señala imperativamente que cuando se produzca un cambio de calificación jurídica respecto de la propuesta contenida en el pliego de concreción de hechos, el Consejo de la CNMC someterá la nueva calificación a los interesados.

Este claro y terminante mandato, que contrasta abiertamente con el régimen establecido en el artículo 20.3 del RD 1398/1993 , se realiza sin matiz ni distinción alguna, es decir, en todos los casos en los que se formule una nueva calificación jurídica de los hechos, se deberá conceder a las partes implicadas un trámite de alegaciones, con carácter previo a la adopción de la resolución definitiva del expediente.

Esta regulación específica contenida en la LDC trata de garantizar de una manera más enérgica el derecho de defensa de las partes objeto de la investigación y en este sentido debemos subrayar la naturaleza penal de una sanción que se impone con falta de audiencia previa al cambio de calificación de los hechos, es decir, de la acusación.

En estas circunstancias y en nuestra opinión, con independencia de la mayor o menos gravedad de la nueva imputación, tal forma de proceder constituye por sí misma y sin necesidad de una mayor justificación, una infracción sustantiva del artículo 54.1 LDC puesto en relación con el artículo 24.2 CE .

Dicha infracción de legalidad es, como decimos, sustantiva y no puede paliarse mediante la interposición de un ulterior recurso contencioso-administrativo invocando el carácter formal de la indefensión padecida, pues este supuesto está reservado a las infracciones meramente procedimentales, referidas generalmente a la denegación de medios de prueba (STC 82/2009 FJ 3). Por otra parte, debe precisarse que la doctrina del Tribunal Constitucional en este último punto se refiere a la posible violación de un derecho fundamental, pero la ausencia de vulneración de un derecho fundamental no descarta la existencia de una infracción de mera legalidad, aún formal, y ésta es plenamente fiscalizable en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin que su confesada vulneración pueda ser simplemente irrelevante.

En palabras de la STC 59/2004 FJ 3: "el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. Finalmente, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio , y subraya por su parte la STC 7/1998, de 13 de enero , "no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, como entonces advertíamos, nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos quienes, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, sancionen al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución".

En el presente caso se observa además que, aunque las dos conductas imputadas de forma autónoma son las que integran la infracción calificada como de compleja y que la recurrente tuvo conocimiento de ambas en fase de instrucción, fruto de esta última calificación se alteran los períodos de imputación que había propuesto la DI para cada una de las infracciones aisladamente consideradas, con el consiguiente impacto en su responsabilidad.

D.) También tenemos que tener en cuenta que la estrategia comercial y procesal de la empresa, no puede quedar condicionada por la comisión de infracciones de legalidad como la denunciada, exclusivamente imputables a la Administración, que le imponen la carga de interponer recursos jurisdiccionales.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Los recursos jurisdiccionales prolongan la situación de incertidumbre en la que se encuentra la empresa y ello puede ser altamente negativo para su reputación e imagen, además de constituir un factor de gastos y de endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito, abocándola a una situación de menor competitividad en el mercado.

Este hecho pasa a tener una singular relevancia con la aplicación de las importantes y novedosas consecuencias indemnizatorias que impone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva de daños).

Esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno por el RD Ley 9/2017 de 26 de mayo, pendiente de convalidación en el momento de redactar esta sentencia.

En el nuevo marco regulatorio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Directiva de daños, los hechos declarados probados en una resolución sancionadora administrativa firme no pueden ser discutidos ante el orden jurisdiccional civil en el caso de una reclamación de daños formulada por un consumidor perjudicado y, además, cada empresa responderá como responsable solidario por los daños y perjuicios causados por el conjunto total de las conductas y empresas sancionadas. Por otra parte, las resoluciones administrativas firmes que declaren la existencia de una infracción podrían tener pleno valor probatorio ante cualquier Tribunal europeo, sin posibilidad de cuestionar tampoco dichos hechos.

De este modo, el eventual derecho de la empresa a aquietarse ante la imposición de una sanción y con ello renunciar a interponer un recurso jurisdiccional, aunque crea que la sanción es injusta, podría verse fuertemente limitado por las razones expuestas.

En estas circunstancias, la empresa sancionada tiene derecho a que se respete plenamente su derecho de defensa en vía administrativa y a decidir, una vez impuesta la sanción y determinadas sus consecuencias, si interpone o no los recursos pertinentes. No puede condicionarse pues su legítima estrategia procesal, por causa de una infracción de la ley que le provoca indefensión y que únicamente es imputable a la autoridad administrativa.

En consecuencia, en el marco regulatorio actual junto a la clásica aplicación pública del Derecho de la Competencia, que se plasma en la vertiente sancionadora cuya revisión compete a esta Sala, la Directiva citada implementa de forma armonizada la aplicación privada del Derecho de la Competencia, que se concentra en las reclamaciones por daños vinculadas a la comisión de conductas anticompetitivas. Ambas vertientes del Derecho de la Competencia constituyen un todo unitario, que se interrelaciona y cuya aplicación conjunta no puede disociarse.

E.) Incluso en un intento de análisis sobre el fondo del asunto, esta Sala encuentra dificultades de compresión de la resolución recurrida que ponen de manifiesto la complejidad del asunto y de la evacuación del trámite procedimental omitido.

El hecho de que algunas empresas pidieran el tratamiento del caso como una infracción compleja no significa que pueda procederse sin más a tal calificación y que ello sea suficiente para extender ese régimen a las que no lo pidieron. Un buen ejemplo lo encontramos en la afirmación genérica de la resolución hecha en la página 100 (tercer párrafo final) en la que dice que la petición de las empresas de calificación como infracción compleja se basó en la circunstancia de que el intercambio de información no constituye una infracción autónoma sino que es parte del cártel.

Pues bien, ningún razonamiento a este respecto se contiene en la resolución recurrida, que, de forma sorprendente califica al mismo tiempo el intercambio de información como infracción autónoma (ver parte dispositiva y fundamentos jurídicos en general, página 103), y como práctica concertada (ver página 113) a pesar de que reconoce que ese intercambio de información fue producto de un acuerdo de voluntades conjunto (página 111), lo que, siendo así, descartaría la existencia de una práctica concertada y merecería, en su caso, la calificación como cártel, que a la luz de los razonamientos de la resolución tendría por objeto la determinación de cuotas de producción.

A ello debe unirse la contradicción que apreciamos en la página 148 inicio del FJ 5, muy relevante porque por remisión forma parte del fallo, en el que se indica que todas las empresas incurren en una infracción única, continuada y compleja, precisando a continuación las conductas que la integran, pero sorprendentemente en la parte dispositiva distingue a 12 empresas con dicha calificación, mientras que las restantes lo son por una infracción única y continuada, quedando, en consecuencia, al margen de la infracción compleja. Esta es la situación de la recurrente en este caso.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En este punto debemos subrayar que los intercambios de información no son "per se" constitutivos de infracción alguna, ya que debe analizarse el contexto económico y jurídico en el que se adoptan, pues los intercambios de información pueden ser pro competitivos o anticompetitivos (STJUE de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05 , Asnef Equifax).

En definitiva, un intercambio de información que tenga un objeto anticompetitivo debe reconducirse a una de las modalidades de infracción previstas en el artículo 1 de la LDC y /o 101 del TFUE .

En estas circunstancias, no sería posible pronunciarse sobre la corrección de la calificación de las conductas sancionadas como una infracción única continua y compleja.

F.) En este momento debe precisarse que, ni la Directiva, ni su norma de transposición, contemplan su aplicación con efectos retroactivos por lo que, en principio, en un caso como el enjuiciado, no podría fundarse una reclamación ulterior de daños y perjuicios basada exclusivamente en las mismas, pues los hechos objeto de sanción fueron descubiertos e impuestas las sanciones antes de su entrada en vigor.

A pesar de ello, creemos muy conveniente tenerla presente por dos razones.

En primer lugar y esto es a los efectos de este procedimiento determinante, porque refuerza la coherencia de nuestra interpretación del artículo 54.1 de la LDC justificando su singularidad respecto del régimen general.

En segundo lugar porque es necesario, en este momento en que se produce un muy relevante e inédito cambio normativo, clarificar este aspecto de la interrelación entre la actuación pública y privada en materia de Derecho de la Competencia y, de esta forma, fijar, desde este mismo momento, un nuevo estándar de control que puede evitar futuras anulaciones de resoluciones sancionadoras.

Es importante destacar que, incluso antes de la entrada en vigor de la Directiva de daños, la Sala I del TS en su sentencia de 7 de noviembre de 2013, recurso de casación 2472/2011, asunto Ebro cártel del azúcar, se planteó esta cuestión, cuando la Directiva de daños era un mero proyecto.

En su FJ 3, basándose esencialmente en la jurisprudencia constitucional, de forma excepcional concedió, ciertamente no a una mera resolución administrativa firme, sino a la sentencia que la confirma, un valor probatorio singular a la hora de fijar los hechos que sirven de base a la reclamación de daños. Esta novedosa doctrina de la Sala I que ha guiado la actuación de los operadores jurídicos hasta el presente, puede considerarse la antesala de lo que con más rotundidad establece la Directiva y su norma de transposición ya en vigor.

G). En estas circunstancias consideramos conveniente dejar constancia de las disposiciones de la Directiva sobre estos aspectos.

Así, el artículo 9.1 de la Directiva dispone lo siguiente:

"Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia".

En términos sustancialmente idénticos se pronuncia el nuevo artículo 75.1 de la LDC , introducido por el RD Ley de transposición antes citado.

Pero es más, el párrafo segundo del artículo 9 de la Directiva señala que toda resolución firme a las que se refiere el párrafo primero dictada en otro Estado miembro, puede ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia y que, en todo caso, pueda presentarse como un prueba más en los distintos procesos nacionales.

Este segundo párrafo establece una versión de mínimos del principio de pleno reconocimiento, que Estados como Alemania o Austria al transponer la Directiva 2014/104 han elevado al máximo rango, por lo que una resolución firme de las autoridades administrativas o judiciales españolas declarando la existencia de una infracción, presentadas en dichos Estados a los efectos de obtener una indemnización por daños por infracción de la normativa del Derecho de la Competencia, tiene un valor irrefutable ante sus órganos jurisdiccionales nacionales.

Tal y como hemos señalado anteriormente, este carácter expansivo de las resoluciones nacionales refuerza, aún más, la obligaciones de la CNMC y de los Tribunales nacionales de velar por el impecable respeto de los derechos defensa de las partes implicadas en un expediente sancionador.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

H). Sin embargo, no es esa la única previsión de la Directiva 2014/104 que incide en la cuestión analizada, pues su artículo 11 anuda muy relevantes consecuencias a la determinación la autoría de la infracción.

Dispone este artículo 11.1 lo siguiente: "Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la Competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada".

El RD Ley 9 /2017 de 26 de mayo introduce el nuevo artículo 73.1 de la LDC que coincide plenamente con las previsiones de la Directiva, estableciendo la singular regulación de lo que la doctrina ha venido en llamar la solidaridad impropia

En estas circunstancias, ante una eventual reclamación de daños por parte de los consumidores, el ámbito de la responsabilidad de la empresa denunciada es muy muy diferente si afronta la situación como autor de una infracción única y continua o continuada, que si lo hace como autor de una infracción única continua o continuada y compleja.

A estos efectos resulta pertinente delimitar los conceptos empleados.

El de infracción única y continua o continuada se refiere a una situación en la que varias empresas han participado en una infracción constituida por un comportamiento continuo o continuado que tenga una única finalidad económica dirigida a falsear la competencia, o incluso por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto, como sería la coincidencia de una misma finalidad, de todos los elementos y de sujetos, tal sería el caso de coincidencia en la identidad de las empresas de que se trata conscientes de participar en el objetivo común (Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015, Asunto T- 655/11 , FSL Holdings, apartado 479).

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 Asunto Trelleborg Industrie SAS, T-147 y 148/09, apartados 57 a 71 y 72 a 89, nos clarifica la diferencia entre infracción continua y continuada que reside en el hecho de que la conducta única se haya interrumpido o no de forma temporal y posteriormente se haya retomado, dato esencial a los efectos del cómputo de la prescripción.

Finalmente, el concepto de infracción compleja y su régimen jurídico lo define la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11 , Verhuizingen Coppens NV, apartados 41 y ss.

En definitiva, aparece cuando uno o varios elementos de la serie de actos o del comportamiento continuo o continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción del artículo 101 TFEU por lo que, si dichas acciones se integran en un plan conjunto, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto.

En estos casos, si una empresa participa directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, o bien participa sólo en una parte de ellos, pero se acredita que tuvo conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o incluso, pudo preverlos de forma razonable estando dispuesta a asumir el riesgo, dicha empresa podrá ser sancionada como autora por la totalidad de las conductas, al estar ante una infracción compleja.

En caso de no acreditarse dicha contribución a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y el conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, sólo puede imputarse a quien se encuentre en esa situación, la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de aquellos ejecutados por otros, de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

Para concluir, el apartado 46 de la sentencia referida dispone que únicamente puede dividirse así una Decisión de la Comisión que califica un cartel global de infracción única y continuada si, por una parte, a la citada empresa se le dio la oportunidad, durante el procedimiento administrativo, de comprender que también se le reprochaba cada uno de los comportamientos que lo componen, y, por tanto, de defenderse sobre este punto, y si, por otra, la citada Decisión es suficientemente clara a este respecto.

Extremo este último que destaca la importancia del respeto al derecho de audiencia en el procedimiento administrativo y de las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento.

En atención a lo expuesto, procede estimar el presente recurso con los efectos que se determinan en la parte dispositiva de esta sentencia.

Madrid, a 26 de julio de 2017.

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/07/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ