



Roj: **SAN 3105/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3105**

Id Cendoj: **28079230062020100289**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/10/2020**

Nº de Recurso: **410/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000410 /2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05550/2014

**Demandante:** BAMIPAL S.L.

**Procurador:** D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de octubre de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **410/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, en nombre y en representación de la entidad **BAMIPAL S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , PALÉS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 60.401,75 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008. Habiendo 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 de esta Sala que declare:

"i) la inexistencia de infracción del artículo 1 LDC y 101.1 TFUE.

ii) Subsidiariamente, anule la multa por su ausencia de motivación.

iii) Subsidiariamente, reduzca la cuantía de la multa a una cantidad simbólica o mínima, en aplicación del principio de proporcionalidad, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de este escrito".

**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.** - No habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado o cual, quedaron as activaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 12 de julio de 2017, fecha en la que tuvo lugar

**CUARTO.** - Co n fecha de 19 de julio de 2017, la Sala (Sección Sexta) dictó Sentencia en el presente procedimiento, cuyo Fallo fue del siguiente tenor literal:

"QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, en nombre y en representación de la entidad BAMIPAL S.L., contra la Resolución dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , PALÉS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 60.401,75 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con imposición de costas a la Administración demandada".

**QUINTO.** - In terpuesto por el Abogado del Estado recurso de casación, la Sala 3º del Tribunal Supremo dictó Sentencia con fecha de 3 de diciembre de 2018, cuyo Fallo fue del siguiente tenor literal:

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

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo **410/2014**, que casamos.

Segundo.- Ordenar la retroacción de las actuaciones procesales del mencionado recurso de contencioso-administrativo al momento anterior al de dictarse sentencia y su devolución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que resuelva lo que estime pertinente sobre los demás motivos de impugnación formulados por la mercantil BAMIPAL, 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.

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

**SEXTO.** - Re cibidas las actuaciones del Tribunal Supremo, mediante provincia de 15 de julio de 2020 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 9 de septiembre del año en curso, fecha en la que comenzó, concluyendo el día 7 de octubre siguiente.

Ha sido Ponente la Magistrada Dña. M.ª Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna por la entidad actora la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso, una sanción de multa de 60.401,75 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.



La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente NUM000 PALÉS, 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:

BAMIPAL, S.L.

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

BAMIPAL, S.L.: 60.401,75 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:

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 NUM000 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 BAMIPAL, S.L.



es una empresa cuya actividad principal es la compraventa de madera y palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, así como la fabricación de madera en aserradero, clavado de palés, pintado y secado, así como actividades de reparación para determinados clientes.

Tras describir a cada una de las entidades intervinientes en las prácticas prohibidas, analiza también la resolución recurrida el mercado de producto relevante afectado en este expediente que es el de la fabricación y distribución de palés de madera, modelo euro palé, 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. 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 las 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 tales hechos por las sociedades recurrentes, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"BAMIPAL, S.L, por su participación en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008."

**TERCERO.** - Disconforme con la resolución impugnada, la parte recurrente opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1. Caducidad del expediente sancionador.
2. La Resolución sancionadora ha modificado la calificación de la infracción empleada a lo largo del procedimiento.
3. Inexistencia de infracción por intercambio de información.
4. Ausencia de motivación y arbitrariedad en el cálculo de la sanción impuesta.
5. Infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción y ausencia de individualización de la responsabilidad de BAMIPAL.

**CUARTO.** - Ha biendo descartado la Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2018 (rec casación 5622/2017) que se haya producido, respecto de la aquí recurrente, cambio de calificación jurídica de la infracción por la que ha sido sancionada respecto de la realizada en propuesta de resolución examinaremos, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia la caducidad del expediente sancionador.

Aduce la entidad recurrente que la Sala 3º del Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de junio de 2015 (rec casación 3454/13) resolvió que en las suspensiones del plazo para resolver el procedimiento sancionador de la CNC no se tomarían en cuenta, a efectos del cómputo del plazo de caducidad, aquellas cuya fecha fuera posterior a la fecha límite del plazo uncial de caducidad del procedimiento. Así las cosas, expone que, en el caso examinado, el procedimiento fue incoado el 28 de septiembre de 2012 por lo que el plazo máximo inicial para su resolución era el 28 de marzo de 2014. Continúa explicando que el plazo fue suspendido el 20 de noviembre de 2012, reanudándose el 8 de febrero de 2013; que una segunda suspensión se produjo el 21 de febrero de 2013, reanudándose el 19 de abril de 2013; que el plazo fue suspendido por tercera vez el 27 de junio de 2014, reanudándose el 13 de agosto de 2014. Así las cosas, sostiene que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, únicamente pueden ser tomadas en cuenta las dos primeras suspensiones y que la tercera, acordada con posterioridad al 28 de marzo de 2014, no puede ser tenida en cuenta, por lo que en la fecha en que se le notificó la resolución recurrida- el 26 de septiembre de 2014, el expediente estaba caducado.

Efectivamente, en las sentencias que cita la recurrente decíamos que " el acuerdo de suspensión solo se puede producir dentro del plazo legal de resolución, dieciocho meses desde su incoación porque no se puede suspender lo que, por imperativo legal, debería haber concluido mediante la resolución que finaliza el procedimiento y el propio art. 37.4 de la Ley, consciente de las dificultades que puede suponer la tramitación en plazo de un procedimiento de esta naturaleza prevé que " excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes. En el caso de acordarse la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento."

Como vemos, el legislador concilia la necesidad de facilitar las facultades investigadoras de la Comisión que pueden justificar, siempre que se motive adecuadamente y antes de que concluya, la ampliación del plazo de resolución del procedimiento, con la garantía que supone establecer un límite máximo al plazo de resolución que la tesis de la Abogada del Estado, de permitir sumar las sucesivas suspensiones que se produjeran después del plazo final haría desaparecer.

Por esa razón, el hecho de que concurren causas legales que amparen la suspensión o que se dificulte la obligación de cumplir el requerimiento para el cálculo de la sanción a imponer no excluye la obligación de someterse al plazo final de los 18 meses que establece la ley como dies ad quem para dictar y notificar la resolución sancionadora. Nada impide a la Administración acogerse a las causas legales que permiten la suspensión del procedimiento pero sabiendo que la fecha límite al efecto es aquella en que se cumplen 18 meses desde la incoación, a partir de esa fecha, las que se acuerden no podrán tomarse en consideración a efectos del cómputo del plazo de caducidad, única forma de conciliar la necesidad de suspender el procedimiento cuando ello proceda con el respeto a la finalidad que persigue la caducidad del procedimiento, garantía de que éste no se mantiene indefinidamente abierto en detrimento de la seguridad jurídica."

Seguimos pensando que esa interpretación es la que mejor concilia la dificultad, de la que es consciente la Sala, de la CNMC para instruir y resolver el expediente en plazo y las garantías de los inspeccionados pero esa interpretación fue desautorizada expresamente por el Tribunal Supremo y a ella nos sujetamos.



De acuerdo con esta doctrina, inicialmente establecida en la STS de 15 de junio de 2015 (RC 3454/2013) y reiterada en las posteriores Sentencias nº 1.988/2016, de 26 de julio de 2016, RC 3811/2015, nº 2.418/2016, de 11 de noviembre de 2016, RC 617/2016 y nº 2.517/2016, de 28 de noviembre de 2016, RC 699/2016, resulta incorrecta la interpretación y aplicación que la Audiencia Nacional hizo -en los respectivos casos- de la mencionada STS de 15 de junio de 2015 y establece que el plazo de duración del procedimiento sancionador ( artículo 36.1 LDC), globalmente considerado, no puede exceder de 18 meses, precisando que la duración total del procedimiento se calculará añadiendo al término final del plazo inicial los periodos de suspensión válidamente acordados, de manera que en conjunto el procedimiento no rebase los 18 meses. En caso contrario, se producirá la caducidad.

Excluido el sistema de cómputo del plazo que propone la recurrente por haber sido rechazado por el Tribunal Supremo, y aplicando el que se sigue de su doctrina, es claro que no se produjo la caducidad.

**QUINTO.** - An tes de entra en el examen de las restantes cuestiones planteadas en el presente procedimiento conviene realizar las siguientes consideraciones sobre la obligación de las empresas sancionadas de comunicar los números de palés con garantía EUR/EPAL fabricados o reparados.

Respecto de esta cuestión, obra en el expediente administrativo el escrito presentado por EPAL, en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación (folios 8180 a 8190) en el que manifiesta que las empresas fabricantes y/o reparadoras de palés de madera con el sello de calidad EUR/EPAL están obligados a pagar a EPAL, en cumplimiento de los contratos de licencia del sello de calidad EUR/EPAL, las tasas de licencia y, con este fin, a comunicar el número de palés EPAL/EUR fabricados o reparados, con periodicidad mensual y que en base a estas comunicaciones mensuales tiene lugar la facturación mensual de las tasas de licencia por parte de EPAL. Explica que la sociedad de control encargada para España hasta el 31.12.2012 (SGS Tecnosl) estaba obligada comunicar los números de fabricación y reparación al Comité Nacional español (Calipal), para que si el Comité Nacional español (Calipal) estuviera en condición de comprobar las partes de las tasas de licencia y también la facturación de las tasas de licencias propias y adicionales.

Expone que los informes de la sociedad de control abarcan el período de un mes, ya que tiene lugar una facturación mensual de las tasas de licencia tanto para con los concesionarios como para con los comités Nacionales.

Afirma que no se entregaron las informaciones a los concesionarios de EPAL y que los números de fabricación y reparación de cada empresa se tratan con confidencialidad estricta y que los Comités Nacionales de EPAL están igualmente obligados a tratar esa información de manera confidencial. Manifiesta que EPAL no tiene conocimiento alguno de reseñas trimestrales elaboradas por el Comité Nacional español (Calipal) ni de envíos de reseñas trimestrales por parte del Comité Nacional español (Calipal) a los concesionarios españoles de EPAL.

Y añade que en ningún momento EPAL ha publicado números de fabricación o reparación de empresas específicas y que ha prohibido estrictamente la publicación de datos de empresas u otras valoraciones de números de fabricación y reparación, obligando repetidamente a los Comités Nacionales a mantener la más estricta confidencialidad en el tratamiento de los números de fabricación y reparación.

Encontramos también en el expediente administrativo la respuesta de CALIPAL al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación (folios 4771 a 484) en el que se manifiesta que CALIPAL es una asociación española sin ánimo de lucro que agrupa a los fabricantes, comercializadores y reparadores de paletas de maderas que están comprometidos con el sistema de paletas EUR de calidad certificada EPAL.

**SEXTO.** - Como hemos adelantado, opone la parte recurrente la inexistencia de infracción por intercambios de información. Expone que la información no se refería a conductas sobre intenciones futuras en materia de precios o cantidades, que constituye requisito sine qua non para considerar la existencia de un intercambio de información cuyo objeto sea restringir la competencia. Añade que su conducta no tuvo efectos restrictivos de la competencia en el mercado, por lo que tampoco estamos ante una infracción por sus efectos.

Para dar respuesta este motivo de impugnación debemos recordar que el artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101.1 del TFUE prohíben las prácticas concertadas o colusorias que tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia. Es cierto que los citados preceptos no se refieren de forma expresa a los intercambios de información entre competidores como prácticas prohibidas, pero también lo es que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen

altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de la competencia por objeto, que por sus características deben ser considerados como cárteles.

Destacamos los siguientes epígrafes que determinan cuales son las características que debe reunir un intercambio de información entre empresas competidoras para que pueda calificarse como de conducta colusoria. Las características que deberá reunir la citada información son:

#### 1. Información estratégica:

(61): " El intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir".

(58): " El intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".

(86): " El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. (...) La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio".

#### 2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura.

(73): " Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio".

(90): "No es probable que el intercambio de datos históricos de lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".

#### 3. Información desagregada.

(74): " Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

(89): " Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tiene muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa".

#### 4. Frecuencia del intercambio de información.

(91): "Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En mercados más inestables pueden ser necesarios unos intercambios de información más frecuentes con objeto de facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. (...) No obstante, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos".

#### 5. Información de datos públicos o privados.

(92): "Por lo general, no es probable que los intercambios de información verdaderamente publica constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente publica es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente".



En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, ECLI: EU:C:2009:343, T-Mobile Netherlands y otros) en el que resolvió que el tenor literal del artículo 101 TFUE no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores y concluyó que ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes. En el mismo sentido, en la Sentencia de 19 de marzo de 2015 (C-286/13:C:2015:184, Dole Food y Dole Germany/Comisión, párrafo 119 y 120 declaró que todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común", para a continuación indicar que, " si bien (...) esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado".

Recordemos que, como también ha afirmado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 31 de marzo de 1993 Ahistrom Osekaye y otros, en los asuntos acumulados C-89-85, C- 104-85, C114-85, C-116-85, C117-85 y C-125, y en Sentencias de 27 de octubre de 1984, Fiatagri y New Holland Ford/Comisión todo operador económico debe determinar autónomamente su política y condiciones comerciales

**SÉPTIMO.** - Corresponde ahora analizar si la información intercambiada entre las empresas sancionadas reúne esas características.

La mercantil recurrente no niega su participación en el intercambio de información, pero refiere que, en ningún caso, ese intercambio podía ser constitutivo de un acuerdo colusorio.

Dicho esto, con carácter previo cumple recordar que, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Pues bien, en el caso examinado la prueba obrante en el expediente administrativo acredita que las empresas sancionadas y, entre ellas la ahora recurrente, participaron en un intercambio de información confidencial, desagregada y sensible, relativa a las cifras de producción de palés de madera de calidad controlada EUR/EOAL de cada uno de los fabricantes y/o reparadores de este tipo de palés en España desde, al menos, julio 1998 hasta, al menos, octubre de 2011.

A estos efectos, obra en el expediente administrativo (folio 6279) el correo electrónico remitido por el Gerente de Calipal a los fabricantes y/o reparadores de palés con el sello de garantía EUR/EPAL, con el Asunto: Acta de la Asamblea General Extraordinaria - 19/7/04, a la que asistió BAMIPAL. En el apartado Asuntos Varios, ruegos y preguntas de la citada Acta se acordó enviar el informe de fabricación, de forma trimestral.

Dicho esto, la remisión de informes y/o cuadros con las cifras de producción y/o reparación mensual y desagregada, al menos desde julio de 1998 ha quedado acreditada por la documentación encontrada en la sede de TAMA relativa a informes mensuales de pales de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL,





desagregados por meses y empresas de julio a diciembre de 1998 y enero de 1999 así como un informe anual de 1998 remitidos por la Gerencia de CALIPAL.

Aparecen también probados intercambios de información mensual, con cifras de producción y/o reparación desagregadas en 2001 respecto de los informes de producción de diciembre 2000 y enero y febrero 2001 (folio 566 a 569), del primer y segundo semestre de 2001 (folios folio 573 y 701), así como un informe denominado de "Seguimiento de producción de paletas 2001" con datos de fabricación de palés de madera de calidad EUR/EPAL, entre los meses de enero a octubre de 2001.

También aparece documentada la remisión de un correo electrónico por Calipal en abril de 2002 con los informes de producción EPAL2001.2002, adjuntando los datos de los licenciarios EUR/EPAL en 2001 (folio 8272.8273) así como la remisión por Calipal del cuadro con la producción de palés de madera de enero a agosto de 2002 (folio 703).

Desde 2004 y hasta octubre de 2008, la información sobre las cifras de producción y/o reparación y, en ocasiones, de facturación, se hizo llegar con carácter trimestral por parte de la Gerencia de Calipal a las empresas sancionadas y, entre ellas a BAMIPAL mediante correos electrónico o mediante su entrega en las Asambleas Generales de Calipal (folios 8138 a 8141, 780 a 782, 6262,8142 a 8145, 8285, 776 a 778, 8287 a 8288, 8146 a 8147,8292, 6296,9297,8293 y 8294, 8148 a 8150. 8298 a 8300, 8151 a 8153, 8301 a 8303, 8154 a 8156, 8304 a 8306, 8307 a 8308, 8313 a 8315, 8160 a 8162, 6023 a 6025, 6037 a 6039, 6040 a 6042, 6263 a 6264 8216 a 8221 ,8251, 6044 a 6046, 6068, 7914, 8499 y 8498 a 8500).

Estos hechos no han sido negados ni desestimados por la parte recurrente.

El carácter estratégico y comercialmente sensible de la información intercambiada a través de Calipal y con la aquiescencia, por lo que aquí interesa, de BAMIPAL, pues no consta que se opusiera a ello, queda patente por cuanto viene referida a datos de producción y/o reparación de palés por empresas que compiten en un mismo mercado, a través de los cuales se pueden conocer los volúmenes de negocios y la capacidad de cada empresa y sus cuotas de mercado. Además, la información intercambiada contenía datos desagregados de carácter reciente y con periodicidad trimestral, lo que pone de manifiesto una práctica contraria a la competencia.

Por lo demás, simplemente manifestar que la información recibida por las empresas integrantes de CALIPAL no tenía que ver con la con la acreditación de estándares de calidad de los productos ni se justificaba por la relación entre la franquiciante y franquiciadora.

Por todo lo expuesto y valorando la prueba obrante en autos, debemos concluir que nos encontramos ante una infracción constitutiva de cartel por cuanto que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud "per sé" para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación con el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia de que el consumidor no pueda beneficiarse de los menores de precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas derivadas del desconocimiento de las propuestas de los competidores. Al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio información, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello nos encontramos ante una conducta colusoria calificada como anticompetitiva por el objeto en el artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia por cuanto ha supuesto una práctica concertada que tiene por objeto o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Conducta que se tipifica como infracción muy grave en el artículo 62.4.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

**OCTAVO.** - Queda acreditada la existencia de un plan común para materializar los intercambios de información de carácter anticompetitivo, que resulta del propio comportamiento de las empresas sancionadas que aceptaron la información que les suministraba CALIPAL, sin formular objeción alguna, consiguiendo, de ese modo conocer los datos de fabricación y/ o reparación y en algunos casos, de facturación de las restantes empresas competidoras en el mismo mercado. Así las cosas, las conductas sancionadas son constitutivas de un cártel de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta, de la Ley de Defensa de la Competencia, que define el cártel, en la redacción vigente en la fecha de la resolución sancionadora ahora recurrida como: "todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones."



En cualquier caso, entendemos que la enumeración contenida en la mencionada Disposición Adicional de la LDC no es de carácter cerrado ni de interpretación restrictiva. El artículo art. 62 LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención del artículo 1 de la LDC. En esa concepción del sentido de la mencionada disposición adicional cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones". Esta interpretación resulta avalada por la posterior redacción dada a la citada Disposición Adicional Cuarta por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. (BOE-A-2017-5855) vigente desde el 27 de mayo de 2017, en la que el cártel aparece definido como "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia

**NOVENO.-** Como nos enseña la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2019, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado ya que, por su propia naturaleza, son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por el Tribunal Supremo (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers.

**DÉCIMO.-** Por lo demás, opone la entidad recurrente la falta de motivación de la sanción impuesta y, con carácter subsidiario, interesa la entidad recurrente que se imponga una sanción simbólica o mínima a BAMIPAL, en aplicación del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la resolución recurrida infringe la jurisprudencia al ignorar que el volumen de negocios que debe tomarse en consideración es el del mercado afectado por la conducta; la ausencia de efectos en el mercado de la conducta de BAMIPAL y la ausencia de individualización de la responsabilidad de BAMIPAL.

El motivo de impugnación que ahora examinamos incide, en definitiva, en la incorrecta cuantificación de la sanción.

Pues bien, cumple manifestar que la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

Procede entonces, como ha hecho esta Sala en otros pronunciamientos en que se ha aplicado la referida Comunicación, estimar parcialmente el recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

**UNDÉCIMO.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

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

## FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, en nombre y en representación de la entidad **BAMIPAL S.L.**, contra la Resolución



dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000, PALÉS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 60.401,75 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, en los términos consignados en el Fundamento Derecho Undécimo de la presente resolución.

Sin hacer expresa imposición de costas.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 30/10/2020 doy fe.