



Roj: **SAN 3085/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3085**

Id Cendoj: **28079230062020100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/10/2020**

Nº de Recurso: **445/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000445 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05894/2014

Demandante: PALLET TAMA S.A.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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 dieciseis de octubre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 445/14 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, actuando en nombre y representación de **PALLET TAMA S.A.** contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 739.561,13 euros por la comisión 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.

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 ésta Sala:

" tenga por formulada demanda contencioso administrativa contra la resolución adoptada con fecha 22 de septiembre de 2014, por la Sala de Competencia del Consejo Nacional de la Competencia en el expediente NUM000 , resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad y, como consecuencia de ello, anuladas todas sus declaraciones e intimaciones incluida la multa impuesta a mi representada.

Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la resolución, estime la anulación o reducción sustancial de la multa de 739.561,13 euros impuesta a mi representada por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito.

En cualquiera de los casos anteriores se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte."

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.- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 26 de abril de 2017.

CUARTO.- Tr as sucesivas deliberaciones, se acordó, mediante providencia de 15 de junio de 2017, oír de nuevo a las partes por término de diez días sobre el alcance que cabe atribuir al art. 51.4 de la Ley 15/2007.

Presentadas las alegaciones, se acordó señalar de nuevo la audiencia del día 12 de junio de 2017, en que tuvo lugar, dictándose sentencia el 17 de julio de 2017.

QUINTO.- Co n fecha 30 de junio de 2018, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 17 de julio de 2017 que anuló y acordó retrotraer las actuaciones con el fin de que esta Sala analizase las cuestiones planteadas en el recurso contencioso administrativo ligadas a cuestiones de hecho y a la valoración de las pruebas.

SEXTO.- Pa ra la votación y fallo del recurso se señaló la audiencia del 9 de septiembre de 2020 en que tuvo lugar si bien continuaron las deliberaciones en sesiones sucesivas hasta la fecha.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna 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 739.561,13 € euros por la comisión 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.

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

PALLET TAMA, S.L

(...).

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

PALLET TAMA, S.L.:739.561,13 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 Dirección de Investigación notificó un requerimiento de información a diversas empresas, así como los días 3 de julio y 14 de septiembre de 2012.

2. Con fecha 28 de septiembre de 2012, en virtud de la información reservada realizada, la Dirección de Investigación acordó incoar expediente sancionador NUM000, 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.

3. Con fecha 4 de febrero de 2013, se acordó, 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.

4. El día 3 de septiembre de 2013, la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos, notificándose a las partes.

5. El día 31 de enero de 2014, 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 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 había sido efectuada el 27 de junio de 2014, informando igualmente que 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 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 hace constar que PALLET TAMA S.L. es una empresa cuya actividad principal es la fabricación, comercialización y reparación con medios propios o ajenos de toda clase de envases, embalajes de madera y productos derivados de la madera, de papel, cartón y aglomerados celulósicos, así como el transporte por carretera, con medios propios, de mercancías de todas clases, propias o ajenas. Su principal producto es el palé de madera, del cual fabrica diferentes modalidades, siendo el palé de calidad controlada EUR/EPAL uno de ellos.

En 2010, contaba con 126 empleados y facturó 14.567.490,35 €. En 2010, TAMA fabricó 289.568 unidades, el 9% del total. En los tres primeros trimestres de 2011, tenía una cuota del 12% en la fabricación de palés de madera EUR/EPAL, con 347.357 unidades fabricadas.

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 el expediente sancionador 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. 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 empresa adquirente de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL utilizan este tipo de palés para la exportación de sus mercancías, dada su calidad y al tratarse de un palé de madera aceptado en toda Europa para el tráfico de mercancías 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, en el caso de la actora, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"PALLET TAMA, S.L., 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."

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente comienza destacando que la resolución recurrida omite el origen real del expediente pues fue EPAL quien informó a la Comisión de los hechos investigados en la resolución impugnada y se sorprende de que no figure en el expediente el escrito de enero de 2011, en el que EPAL informa a la Comisión de estas conductas.

A partir de aquí, desgrana los siguientes motivos de anulación por la irregular tramitación del expediente sancionador; en particular, la ausencia de concreción del objeto de la inspección en la orden de investigación dictada por la CNMC, la denegación de dos medios de prueba, la improcedente aplicación de la Ley 15/2007 por entender que la anterior, la Ley 16/1989 era más favorable, la caducidad del expediente sancionador, la



falta de motivación de la resolución sancionadora y la falta de notificación a TAMA de la valoración jurídica de la infracción realizada por la Sala de Competencia respecto de la valoración previa realizada por la Dirección de Competencia que vulnera el art. 51.4 LDC.

Además de estos defectos formales, la recurrente planteaba una serie de motivos impugnatorios de carácter sustantivo dirigidos a cuestionar su participación tanto en un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales como en un acuerdo de intercambio de información confidencial, así como sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta.

CUARTO.- Una vez rechazada por el Tribunal Supremo la infracción del art.51.4 de la Ley 15/2007 y entrando en el examen de los restantes motivos impugnatorios de la demanda, la actora denuncia la inconcreción del objeto de inspección en la Orden de investigación.

Debemos recordar que en la sentencia de 31 de octubre de 2017, rec. 1062/2017, que vino a fijar criterio sobre la validez de las Ordenes de investigación en las inspecciones domiciliarias de la CNMC con arreglo al nuevo modelo de casación, el Tribunal Supremo confirmó la resolución de un Juzgado, denegatoria de la solicitud formulada por la CNMC de entrada en una empresa porque la Orden de investigación no concretó las razones que vinculan la necesidad de la entrada en el domicilio con el objeto de la investigación

En el presente caso, la Orden, de 14 de junio de 2012, (folios 478-481) decía que:

"Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de los pallets de madera consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales en la totalidad del territorio español.

La CNC dispone de información según la cual diversas empresas españolas fabricantes de pallets de madera y la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en este mercado al adoptar acuerdos cuyo objeto sería la fijación de precios y condiciones comerciales. A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado español de pallets de madera. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica."

A la vista de la Orden, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Segovia, el 21 de junio de 2012, concedió autorización judicial para la entrada en el domicilio de PALLET TAMA .

A juicio de la Sala, la Orden de investigación es suficientemente precisa y permitió a la empresa conocer cual era su objeto y qué prácticas colusorias estaba la CNMC investigando con el fin de poder ejercer sus derechos. En particular, la adopción de acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales por parte de la actora en relación al mercado de pallets de madera en el mercado geográfico español e intracomunitario dada la mención al art. 101 del TFUE Prueba de ello es que en el acta de la Inspección realizada en la sede de PALLET TAMA, de fecha 26 de junio de 2012, se comunica al administrador y al Director de la empresa D. Feliciano el objeto de la inspección y la posibilidad de que estuviera presente un abogado. Se les informó e hizo entrega de una copia de la Orden de investigación y del auto judicial de autorización de entrada en la sede de la empresa y se les informó también de que la búsqueda tenía por objetivo recabar la información relacionada con el objeto de la investigación (la comprobación de la existencia de *prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en el mercado de los pallets de madera en la totalidad del territorio español*), información que sería objeto de un análisis más exhaustivo en la sede de la CNC para determinar los documentos a incorporar, en su caso, al expediente correspondiente.

Asimismo, se informó a la empresa de los documentos intervenidos y se la hizo entrega de una copia de los documentos en soporte papel recabados por el equipo inspector así como de 1 DVD con la copia los archivos informáticos finalmente recabados.

Entiende por ello la Sala que la orden de investigación concretaba suficientemente el objeto de la investigación como su posterior desarrollo en la sede de la empresa puso de manifiesto.

QUINTO.- Denuncia la recurrente la denegación de dos pruebas solicitadas.

La primera consistía en requerir a SGS para que aportara *"los informes de auditorías de calidad sobre asociados de CALIPAL en el periodo 2005-2011 que acrediten incumplimientos de los estándares de calidad fijados para los pallets EUR/EPAL"*.



La prueba tenía por objeto acreditar que existían numerosos incumplimientos de calidad de los pallets eur/epal entre algunos de los asociados de CALIPAL sin que EPAL sancionara a los incumplidores lo que ponía de manifiesto la falta de control efectivo de EPAL sobre los estándares de calidad en España.

La segunda prueba consistía en requerir a la asociación de operadores de ferrocarril europeos (UIC), dueña de la marca EUR/EPAL para *"confirmar que una de las razones que ha llevado a la UIC a retirar en 2013 la gestión de la marca EUR a EPAL es la falta de diligencia de EPAL para controlar el estándar de calidad EUR"*.

Además, se pidió a la CNMC que recabase determinada información de EPAL (qué acciones tomó para impedir que CALIPAL difundiera información estadística entre los asociados, qué órgano de EPAL tomó la decisión de poner en conocimientos de las autoridades de competencia los hechos investigados, etc).

Pues bien, esta Sala coincide con la resolución sancionadora en que las diligencias de prueba interesadas referidas a verificar las relaciones entre CALIPAL y EPAL, el control de EPAL de su sello de calidad, el incumplimiento de los licenciarios de la normativa técnica o los problemas relacionados con la calidad de marca EUR/EPAL no guardaban relación con las conductas imputadas a las empresas incoadas por infringir supuestamente las normas de competencia.

La argumentación de la actora en la demanda poniendo de manifiesto que Castillo y Estyant fueron multados por fabricar palés sin cumplir los estándares EUR/EPAL o los motivos por los que los directivos de EPAL comunicaran a la Comisión europea los documentos que acreditaban las infracciones descritas en la resolución recurrida no permiten apreciar que la práctica de prueba sobre esos aspectos hubiera permitido desvirtuar los fundamentos de la resolución recurrida sobre la participación y culpabilidad de TAMA en la infracción que se le imputa. No se razona nada sobre ello en la demanda y, por tanto, coincidimos con la resolución impugnada en que la prueba era innecesaria a los efectos de verificar la práctica de las prácticas colusorias investigadas en cuanto a la conducta de PALLET TAMA.

SEXTO.- Denuncia la parte actora que la Sala de Competencia no deliberó la versión final de la resolución recurrida, alegato que la parte recurrente incorpora a la demanda acogiendo sin más la opinión de un Consejero discrepante que no expresa la voluntad del órgano colegiado plasmada en la resolución sancionadora y que ni siquiera comparte el otro Consejero discrepante.

A juicio de la Sala, la denuncia de esta infracción carece de fundamento alguno.

Tampoco se razona la denuncia de aplicación incorrecta de la Ley 15/2007, al resultar más beneficiosa la Ley 16/1989.

Como recuerda la resolución recurrida, en sentencias anteriores hemos advertido que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global más favorable a los infractores que el contemplado en la anterior ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para alguna de las conductas tipificadas o de la posibilidad común a todos los que hayan participado en un cartel de solicitar la exención o reducción de la sanción.

A partir de aquí, la mera afirmación por la actora de que la Ley 16/1989 es más beneficiosa sin argumentar por qué entiende que en su caso concreto se le ha aplicado una normativa más gravosa, la prevista en la ley 15/2007, carece de fundamento.

SÉPTIMO.- Tampoco puede prosperar la denuncia de caducidad del expediente sancionador a la vista de los siguientes datos que resultan del expediente.

El procedimiento sancionador se incoó el 28 de septiembre de 2012, por lo que el plazo del que disponía la CNMC para dictar y notificar la resolución vencía inicialmente el 28 de marzo de 2014.

Se produjo una primera suspensión el 20 de noviembre de 2012, por la interposición de recursos administrativos, reanudándose el plazo el 8 de febrero de 2013. El plazo estuvo suspendido durante 79 días naturales por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1.d) Ley 15/2007, el plazo vencía el 16 de junio de 2014.

La segunda suspensión tuvo lugar el 21 de febrero de 2013, por la interposición de recursos administrativos, reanudándose el plazo el 19 de abril de 2013. El plazo estuvo suspendido durante 57 días naturales, por lo que, de conformidad con el art. 37.1.d) de la Ley 15/2007, el nuevo plazo vencía el 13 de agosto de 2014.

Se produjo una tercera suspensión por la necesidad de esperar la respuesta de la Comisión Europea a la información remitida el 27 de junio de 2014 por la CNMC. El plazo estuvo suspendido durante 47 días naturales,



reanudándose el 13 de agosto de 2014, por lo que, de conformidad con el art. 37.2.c) Ley 15/2007 el plazo vence, según la CNMC, el 29 de septiembre de 2014 mientras que para la actora debe ser el 25 de septiembre.

La resolución sancionadora se notificó a TAMA el 26 de septiembre de 2014 (folio 14.618.4).

El cálculo de la actora no es exacto.

Las tres suspensiones sumaron 183 días naturales que había que añadir al día final originario, el 28 de marzo de 2014. De este modo, el plazo finalizaba el 27 de septiembre de 2014, por lo que notificada la resolución sancionadora a TAMA el día 26, no había caducado el procedimiento sancionador.

OCTAVO.- La demanda denuncia que es contraria a derecho la declaración de TAMA como responsable porque en el mercado de los palés EUR/EPAL hay otros parámetros relevantes para competir diferentes del precio, la resolución no aclara cuales son las condiciones comerciales acordadas, no hay prueba de que TAMA acordara un precio con otros competidores, no hay prueba de que se aplicara y de haber existido el acuerdo, la infracción habría prescrito.

No duda la Sala que pueda haber una serie de parámetros distintos al precio como los costes de transporte, el nivel de humedad, la madera certificada, etc, pero como describe la propia demanda son aplicables específicamente a cada pedido concreto en función de la demanda de cada cliente que puede incrementar el coste final pero esos factores no eliminan la racionalidad económica de la apreciación por la CNMC de la existencia de acuerdos entre competidores sobre precios u otras condiciones comerciales pues el examen de las actas de las distintas reuniones pone de relieve la voluntad de los participantes de establecer o concretar el coste de la paleta EUR/PAL para a partir de ahí fijar un precio mínimo que debían asumir todos los integrantes del pacto, conducta prohibida, con independencia de que sobre ese precio mínimo acordado incidan los factores a los que se refiere la demanda.

Según la actora, la resolución recurrida no aclara cuales son las condiciones comerciales supuestamente acordadas lo que debe dar lugar a la reducción de la multa en un tercio.

Sin embargo, existen ejemplos de acuerdos sobre condiciones comerciales y que se describen en la resolución sancionadora. Así, se recoge en ella que el 4 de julio de 2007, se celebró el IV Encuentro de Fabricantes de Palés de Calidad Controlada EUR/EPAL en el que se acordó un precio mínimo de 10,50€ para un palé suministrado hasta un radio de 300 km y un precio mínimo del tratamiento térmico según ISPM 15 de 1€, así como de un tratamiento térmico con secado artificial.

En el acta se habló de la conveniencia de "Acuerdos para el reparto de mercado y/o clientes entre los fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL"

Además, los asistentes a dicho encuentro de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL celebrado el 19 de noviembre de 2007, en el Hotel NH Parque de las Avenidas y al que asistió TAMA, tras analizar los incrementos de sus inputs de producción, acordaron los incrementos que debían producirse en el precio de los palés de madera EUR/EPAL, al menos del 5%, así como determinadas condiciones comerciales como la duración de las ofertas comerciales realizadas, recomendando que las ofertas debían efectuarse para un plazo máximo de 6 meses y la repercusión del precio del transporte en el precio final, fijando los precios para los palés de calidad controlada EUR/EPAL para el año 2008, para los nuevos clientes por encima de 10,50 €/paleta, incluyendo los tratamientos térmicos según la norma ISPM/15 y con secado artificial. Así lo refleja el Acta del Encuentro de Fabricantes de 19 de noviembre de 2007, remitida por la Comisión Europea (folios 272 a 275); *recabada en la inspección de TAMA (folios 6450 a 6454) y aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información (folios 4200 a 4204).*

Por lo tanto, existen ejemplos de acuerdos sobre condiciones comerciales en la resolución recurrida.

NOVENO.- Afirma la demanda que no hay prueba de que TAMA acordara precios con otros competidores.

Dice que la resolución enumera cinco reuniones en las que, según la CNMC, se acordaron precios y se refiere al objeto real de esas reuniones

Sin embargo, a juicio de la Sala, esa cita selectiva de reuniones o encuentros que indica la demanda no refleja la realidad de lo sucedido pues hay que valorar en conjunto todas las reuniones enlazando su contenido con las sucesivas y no atendiendo de manera aislada a cada una de ellas pues, en alguna, efectivamente, no se pactaron precios o condiciones comerciales.

Comienza la actora refiriéndose a la reunión de 27 de marzo de 2006, pero omite la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL celebrada el 17 de febrero de 2004, en la que los fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL analizaron la necesidad de adoptar ciertas medidas para la creación de barreras de entrada al acceso a dicho mercado de nuevos fabricantes de dichos palés.

En el I ENCUENTRO SUR-EUROPEO DE FABRICANTES DE PALÉS CON CALIDAD CONTROLADA los asistentes analizaron y acordaron una serie de precios para la comercialización de los palés de madera de calidad controlada EUR/EAPL a partir del 1 de enero de 2006.

Es verdad que en el II encuentro Sur Europeo de Fabricantes de Palés con calidad controlada, el Presidente de CALIPAL analizó la conveniencia de constituir una sociedad al margen de CALIPAL y compuesta por las empresas participantes en el cártel para realizar la recogida de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL. Asimismo, en el II ENCUENTRO SUR-EUROPEO DE FABRICANTES DE PALÉS CON CALIDAD CONTROLADA se acordó la creación de un Grupo de Trabajo, teniendo como base los acuerdos adoptados el 15 de diciembre de 2005.

El 3 de julio de 2006 tuvo lugar la I reunión del Grupo de Trabajo para la actividad comercial, que, según la actora, consistía en un proyecto de benchmarking anónimo sobre costes de producción.

En realidad, decidieron que había que intercambiar información comercialmente sensible entre las empresas fabricantes miembros de CALIPAL para conocer los costes mínimos de la fabricación del palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL, a los que sumando un margen comercial daría lugar a un precio mínimo del palé de madera de calidad controlada, que cubriese con margen suficiente dichos costes. Así lo refleja el Acta de la reunión del Grupo de Trabajo Actividad Comercial de 3 de julio de 2006, recabada en la inspección de BOIX (folios 6243 a 6245). En ella leemos lo siguiente:

" Estudio para el conocimiento de costes reales de la paleta EUR/EPAL Se valora por todos los presentes la necesidad de conocer el coste real de una paleta, al que habría que sumarle el margen comercial, el precio del transporte medio, financiación, etc., etc. y a partir de ahí, dar a conocer a todos los miembros de Calipal estos datos para, si fuese necesario en algún caso, despertar en esos asociados el interés en corregir las desviaciones que puedan tener en la actualidad y de esta manera conseguir una paleta de buena calidad y prestigio pudiendo ocupar en el mercado un importante espacio gracias a una buena imagen, despejando así, la incógnita y la mala impresión que generan los bajos precios, por llevar aparejada la mala calidad." En esta reunión del Grupo de Trabajo para la Actividad Comerciales sus participantes acordaron conocer los costes reales del palé de calidad controlada EUR/EPAL que "(...) cada fabricante del GT traerá a la próxima reunión el precio de coste, en fábrica de una paleta"

En la II reunión del Grupo de Trabajo de 6 de septiembre de 2006, participaron representantes de BOIX, CARRETERO, SAIZ y TAMA, estableciendo el coste de fabricación del palé EUR/EPAL, el margen comercial y como resultado un precio de venta del mismo en función del tipo de palé y de los tratamientos realizados en los mismos (tratamiento térmico o secado). Los miembros del Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial decidieron plantear a la Junta Directiva de CALIPAL que se dieran a conocer los importes de los costes, márgenes y precios de venta al público para despertar en alguno de los asociados de CALIPAL el interés en corregir las desviaciones de sus costes y precios con las referencias analizadas por dicho Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial.

"Una vez analizados los costes de fabricación de la paleta EUR/EPAL presentados por los integrantes de Grupo de Trabajo y de acuerdo con el estudio realizado (...) se llega a la conclusión de que el coste de fabricación de la paleta EUR/EPAL es como sigue..." Acta de la II reunión del Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial de 6 de septiembre de 2006, recabada en la inspección de BOIX (folios 6246 a 6249).

La Junta Directiva de CALIPAL de 23 de octubre de 2006, a la que asistieron ATM, CARRETERO, HEMASA, NOVALGOS y TAMA, valoró un informe sobre las deliberaciones del Grupo de Trabajo reproduciendo los objetivos y acuerdos alcanzados, así como su Estudio para el conocimiento de los costes. Acta de la Junta Directiva de CALIPAL de 23 de octubre de 2006, recabada en la inspección de TAMA (folios 871 a 882).

Se refiere la demanda a la III reunión del Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006 en la cafetería Jarritus de Madrid, en la que los puntos a tratar por las empresas que componían dicho Grupo de Trabajo -BOIX, CARRETERO, SAIZ y TAMA- fueron los asuntos ya aprobados en las anteriores reuniones, y el acuerdo de convocatoria del III Encuentro Sur europeo de fabricantes de palés de calidad controlada. Pero omite que en ella se acordó la conveniencia de recomendar un nuevo precio mínimo para el ejercicio 2007. Así lo reflejan los correos electrónicos de 28 y 29 de noviembre de 2006, remitidos por la Gerente de CALIPAL a BOIX, CARRETERO, SAIZ y TAMA, recabados en la inspección de TAMA (folio 6372).

Omite la actora la referencia al III ENCUENTRO SUREUROPEO DE FABRICANTES DE PALÉS DE CALIDAD CONTROLADA que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2006, en el que los asistentes, entre ellos TAMA, analizaron las conclusiones del I Encuentro Sureuropeo de fabricantes de palés con calidad controlada EUR/EPAL celebrado el 15 de diciembre de 2005, admitiendo lo beneficioso para sus negocios de la celebración de dichas



reuniones, señalando como objetivo la necesidad de trasladar el cumplimiento de los acuerdos adoptados en estos encuentros a la totalidad de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL.

Los participantes en este tercer Encuentro resaltaron la necesidad de éstos y la unidad del sector, la importancia de que el precio del producto se incrementara, fijando un precio mínimo y concluyendo que se dejaría de vender al cliente que no estuviese dispuesto a aceptar dicho incremento. Así lo recoge el Acta del III Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés con calidad controlada, remitida por la Comisión Europea (folios 266 a 269) y aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folios 4194 a 4197).

Omite también la actora que con fecha 15 de enero de 2007, tuvo lugar la reunión de la Junta Directiva de CALIPAL en la que analizaron un informe sobre la reunión de fabricantes celebrada en Madrid el 13 de diciembre de 2006, Acta de la Junta directiva de CALIPAL de 15 de enero de 2007, recabada en la inspección de CALIPAL (folios 6663 a 6667). En ella leemos:

"La recomendación para el año 2007 y continuando con el mismo criterio que tenemos de respeto a la línea seguida hasta ahora, es que el precio mínimo recomendable de la paleta será de 9 euros, lo que supone un incremento del 4% respecto al precio del año 2006. Si estamos fabricando la paleta EUR/EPAL, estamos todos de acuerdo en que hay que cuidar la calidad, y ofertando por debajo de ese precio mínimo recomendado, no es posible 44 fabricar con calidad. En el caso de que algún fabricante se vea en la necesidad de vender por debajo de los 9 euros recomendados, podrá ofrecer las paletas al resto de los fabricantes de paletas EUR/EPAL."

El 26 de abril de 2008, se celebró la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL en la que, como dice la actora, se debatió sobre la situación en ese momento del mercado de paletas. Ahora bien, en esa reunión, el Presidente de CALIPAL, que lo es de Pallet TAMA informa sobre la reunión celebrada por los fabricantes de paletas de calidad controlada en la que "al final se llegaron a unas conclusiones, con la recomendación, como siempre, de que todos los fabricantes se adhieran a las mismas en beneficio del futuro de nuestras empresas y del prestigio, la garantía y la seguridad que ofrece nuestro producto al mercado." Acta de la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL de 26 de abril de 2008, recabada en la inspección de SAIZ (folios 6027 a 6036).

La referencia a tal reunión alude a la de 19 de noviembre de 2007, Encuentro de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL que se celebró el 19 de noviembre de 2007 en el Hotel NH Parque de las Avenidas y a la que asistieron, dice la resolución recurrida, AGUILAR, BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, NOVALGOS, SAIZ y TAMA, excusando su asistencia IMNAVA, MARTORELL y SCR. El Acta de dicho encuentro fue realizada por la Gerencia de CALIPAL y remitida para su aprobación al Presidente de CALIPAL. En dicho Encuentro de fabricante de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, el Presidente de CALIPAL recordó a los presentes las conclusiones del anterior Encuentro celebrado el 4 de julio de 2007, animándoles a continuar respetando un precio mínimo en las nuevas ofertas a presentar a los clientes,

DÉCIMO.- So stiene también la actora que no está probada la asistencia de TAMA a la reunión de 4 de julio de 2007 en la que se pactaron precios.

Ahora bien, en el Encuentro de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL que se celebró el 19 de noviembre de 2007, el Presidente de CALIPAL, entidad a la que pertenece TAMA, recordó a los presentes las conclusiones del anterior Encuentro celebrado el 4 de julio de 2007, acordaron los incrementos que debían producirse en el precio de los palés de madera EUR/EPAL, al menos del 5%, así como determinadas condiciones comerciales, como las relativas a la duración de las ofertas comerciales realizadas, recomendando que las ofertas debían efectuarse para un plazo máximo de 6 meses y la repercusión del precio del transporte en el precio final, fijando los precios para los palés de calidad controlada EUR/EPAL para el año 2008, para los nuevos clientes por encima de 10,50 €/paleta, incluyendo los tratamientos térmicos según la norma ISPM/15 y con secado artificial.

Por lo tanto, TAMA, en la posterior reunión de 19 de noviembre de 2007 asumió el contenido de los acuerdos de precios y condiciones comerciales pactadas en la reunión de 4 de julio de 2007.

En el Encuentro de Fabricantes de palés con calidad de 7 de julio de 2008, se acordó mantener el precio de referencia.

En el Encuentro de 11 de noviembre de 2008, el Presidente de CALIPAL insistió en "lo importante de la existencia de un grupo unido y en la bondad de la alineación". Así lo refleja el Acta del Encuentro de Fabricantes celebrado el 11 de diciembre de 2008, remitida por la Gerente de CALIPAL al Presidente de CALIPAL el 18 de noviembre de 2008, recabada en la inspección realizada en la sede de TAMA (folio 6476 a 6480).



En el Encuentro de fabricantes de calidad controlada EUR/EPAL celebrado el 11 de diciembre de 2008, estos analizaron la efectividad de los acuerdos alcanzados durante el segundo semestre de 2008, indicándose que hasta septiembre se ha mantenido el incremento de precio acordado, aunque a partir de octubre se han tenido que bajar, fuera del pacto.

. Además, acordaron una serie de conclusiones a desarrollar en el año 2009 como "mantener el precio de referencia" y la bondad de estar alineado. Acta del Encuentro de Fabricantes de 11 de diciembre de 2008 remitida por la Gerente de CALIPAL al Presidente de CALIPAL el 18 de noviembre de 2008, recabada en la inspección de TAMA (folio 6476 a 6480).

En el Encuentro de Fabricantes de 20 de julio de 2009, se acordó la necesidad de continuar con este grupo de fabricantes para trabajar unidos, buscando soluciones comunes e intentando que se adhieran al mismo el máximo número de fabricantes posibles. Acta del Encuentro de Fabricantes de paletas nuevas con calidad controlada de 20 de julio de 2009, recabada en la inspección de BOIX (folio 6260).

En el Encuentro de Fabricantes de 15 de septiembre de 2009 los participantes acordaron fijar unos parámetros de referencia para posicionarse en el mercado, así como ampliar este acuerdo al ámbito de las paletas, no solo EUR/EPAL. Resumen del Encuentro de Fabricantes de Pales de calidad controlada celebrado el 15 de septiembre de 2009, recabado en la inspección de BOIX (folio 6261).

Además, por la Gerencia de CALIPAL se dejó constancia expresamente de la intención de mantener dichas reuniones durante 2010, incrementar el precio del palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL, así como fijar un precio de referencia para el palé de calidad controlada EUR/EPAL para la campaña 2010. Anotaciones manuscritas realizadas con ocasión del Encuentro de Fabricantes de calidad controlada EUR/EPAL celebrado el 15 de septiembre de 2009, recabadas en la inspección de CALIPAL (folios 1008 a 1013).

Por lo tanto, valorada la prueba en su conjunto y analizando el contenido de todos los encuentros no ofrece duda, a juicio de la Sala, la realidad de los acuerdos anticompetitivos en los términos que describe la resolución sancionadora.

DÉCIMOPRIMERO.- Afirma TAMA que de haber existido ese acuerdo de precios y condiciones comerciales no hay prueba de su aplicación y critica la afirmación de la resolución sancionadora cuando dice que " las entidades imputadas no solo adoptaron los acuerdos anticompetitivos de fijación de precios mínimos para varias campañas y de otras condiciones comerciales en el mercado de palés de madera de calidad certificada EUR/EPAL, sino que los aplicaron, realizándose un seguimiento del cumplimiento de dichos acuerdos y sancionando a las empresas que no querían formar parte del cártel, como se ha acreditado, participando en el cártel empresas que ostentan prácticamente el 100% de la cuota del mercado español de palés de madera EUR/EPAL, fijando precios y suprimiendo la competencia en el mercado."

Conviene advertir, como recuerda la sentencia de 26 de septiembre de 2018, en el asunto C-99/17 P Infineon Technologies AG que *"el criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo o una práctica concertada conlleva una restricción de la competencia «por el objeto», en el sentido del artículo 101 TFUE , apartado 1, consiste en comprobar que ese acuerdo o esa práctica tengan, en sí mismos, un grado suficiente de nocividad con respecto a la competencia para considerar que no es necesario investigar sus efectos (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, FSL y otros/Comisión, C-469/15 P, EU:C:2017:308 , apartado 104 y jurisprudencia citada).*

Para apreciar si un tipo de coordinación entre empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto», debe atenderse en particular a su tenor, a los objetivos que pretende alcanzar, así como al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 2013, Solvay Solexis/Comisión, C-449/11 P, no publicada, EU:C:2013:802 , apartado 36; de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184 , apartado 117 y jurisprudencia citada, y de 27 de abril de 2017, FSL y otros/Comisión, C-469/15 P, EU:C:2017:308 , apartado 105 y jurisprudencia citada).

A juicio de la Sala, nos encontramos ante una restricción de la competencia por objeto pues los acuerdos adoptados tenían por finalidad el establecimiento de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales.

Además, no ofrece duda que los acuerdos de precios se aplicaron pues en las reuniones, como hemos destacado, se da cuenta de lo beneficioso de sus efectos y la bondad de estar alineados, confirmando los integrantes de aquellas su efectiva aplicación.



Así, recordamos que en el III Encuentro Sureuropeo de Fabricantes de Palés de Calidad Controlada que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2006, se analizaron los resultados desde el I encuentro de 15 de diciembre de 2005 y se analizó también la efectividad de los acuerdos adoptados en 2006, así como la conveniencia de establecer nuevos acuerdos para 2007, estableciendo un precio mínimo para el pale de madera de calidad controlada EUR/EPAL de 9€:

"Todos los presentes coinciden en afirmar que las conclusiones a las que se llegaron hace un año, en el I Encuentro, han sido muy positivas, pero también son conscientes de que hay mucho camino por andar. La recomendación para el año 2007 y continuando con el mismo criterio que tenemos de respeto a la línea seguida hasta ahora, es que el precio mínimo recomendable de la paleta será de 9 euros, lo que supone un incremento del 4% respecto al precio del año 2006. Si estamos fabricando la paleta EUR/EPAL, estamos todos de acuerdo en que hay que cuidar la calidad, y ofertando por debajo de ese precio mínimo recomendado, no es posible fabricar con calidad. En el caso de que algún fabricante se vea en la necesidad de vender por debajo de los 9 euros recomendados, podrá ofrecer las paletas al resto de los fabricantes de paletas EUR/EPAL". Así lo refleja el Acta del III Encuentro (folios 4194 a 4197).

Otro ejemplo es que los asistentes al Encuentro de 19 de noviembre de 2007 analizaron la efectividad de los acuerdos adoptados en 2006 y 2007, "valorando el cumplimiento de los acuerdos de precios mínimos en el palé de calidad controlada EUR/EPAL y lamentando que haya fabricantes fuera del acuerdo". Así lo indica el Acta del Encuentro de Fabricantes de Calidad Controlada de 19 de noviembre de 2007, remitida por la Comisión Europea (folios 272 a 275); recabada en la inspección de TAMA (folios 6450 a 6454) y aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folios 4200 a 4204).

Esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que no coincidan los precios mínimos, según la CNMC, con los precios reales de TAMA como destaca ésta en la demanda pues el precio final depende de múltiples factores como el coste del transporte, el precio de la madera, el tratamiento térmico o el secado aplicado.

DÉCIMOSEGUNDO.- Denuncia la actora que desde noviembre de 2007, la última reunión de 11 de noviembre de 2011 no tuvo carácter anticompetitivo por lo que de entenderse que existió una infracción antes del 26 de junio de 2012, estaría prescrita.

No compartimos la conclusión actora. Ya hemos analizado como los acuerdos anticompetitivos se suceden sin interrupción en el tiempo hasta el Encuentro de 15 de septiembre de 2009 de Fabricantes de Pales de calidad controlada que tenía por objeto fijar unos parámetros de referencia para "posicionarse en el mercado" aunque como reconoce la resolución impugnada, sin haberse podido acreditar la celebración, asistentes y contenido de dichas reuniones que iban a tener lugar en el primer trimestre de 2010. Así se deduce del resumen del Encuentro de Fabricantes de Pales de calidad controlada celebrado el 15 de septiembre de 2009, recabado en la inspección de BOIX (folio 6261) e información aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folio 5449).

Eso no significa que las prácticas colusorias finalizasen en septiembre del 2009 pues la voluntad de seguir pactando precios se mantuvo incólume y no consta apartamiento explícito de tales conductas por parte de TAMA hasta la reunión del Comité Directivo de EPAL celebrada el 24 de febrero de 2011 en Zúrich, en la que el letrado de EPAL puso de manifiesto a los asistentes que los Encuentros de Fabricantes españoles de pales de calidad controlada EUR/EPAL, integraban un cártel de fijación de precios y exigiendo al Presidente de CALIPAL la finalización de dicho cártel.

Coincidimos con la resolución sancionadora en que los acuerdos de precios y condiciones comerciales se mantuvieron hasta febrero de 2011 debiéndose por ello rechazar la existencia de prescripción.

DÉCIMOTERCERO.- En cuanto a la infracción 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, la resolución sancionadora la imputa a Tama desde julio de 1998 hasta noviembre de 2011.

La resolución recurrida expone que en la inspección realizada en la sede de TAMA se encontraron informes mensuales 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 el informe anual de 1998, remitidos por la Gerencia de CALIPAL, sin embargo, TAMA argumenta que en 1998 y 1999 no estaba activa en el mercado de pales EUR/EPAL, su producción era 0 y que la información citada fue recibida por el sr. Everardo, administrador de Tama, después de ser nombrado Secretario de CALIPAL (septiembre de 1999) o Presidente de CALIPAL, el 18 de enero de 2000 y por lo tanto la información ya no era confidencial sino histórica.

Es cierto que, desde el 22 de septiembre de 1999, D. Everardo, de PALLET TAMA es Secretario de CALIPAL y desde el 18 de enero de 2000 a 20 de enero de 2012, Presidente de CALIPAL y no hay prueba alguna en el expediente de que CALIPAL remitiese puntualmente informes mensuales 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 el informe anual de 1998 pues la resolución recurrida se limita a afirmarlo y a añadir que " el Director General de TAMA accedió a un puesto dentro de la Junta Directiva de CALIPAL el 22 de septiembre de 1999, por lo que en ningún caso tuvo acceso a dichos informes en su calidad de cargo directivo en CALIPAL, pues en dichas fechas no ostentaba cargo alguno en la citada Asociación que pudiera haberle permitido el acceso a dicha información."

Es decir, no hay prueba de que se remitiese la información por CALIPAL y como la CNMC razona que no pudo TAMA acceder a esa información antes de ser nombrado el sr. Everardo , por lo tanto, debemos inclinarnos por la tesis actora pues al no acreditarse que CALIPAL envió puntualmente tal información a TAMA, es razonable pensar que esta obtuvo la información con posterioridad a ser nombrado secretario de CALIPAL el sr. Everardo , y en ese momento la información carecía de valor estratégico.

Obsérvese, en éste sentido, que no han sido sancionadas por el intercambio de información desde 1998 empresas como AGLOLAK, ALASEM, EBAKI o MADERAS SAN VICENTE que aparecen también en el mismo cuadro de producción de paletas de 1998.

Entiende también la Sala que el desempeño del cargo del sr. Everardo en CALIPAL explica también el supuesto envío de información por PALLET TAMA en el periodo abril de 2002 a agosto de 2002.

Así, no existe prueba alguna del envío de CALIPAL a ANGLOLAK el 11 de abril de 2002 de un informe de producción de 2001-2002 porque el correo aparece con destinatario no identificado (folio 8278) y ANGLOLAK era en aquel entonces el tesorero de CALIPAL.

En cuanto a las cifras de fabricación de palés de enero a agosto de 2002 que fueron intervenidas en la inspección de TAMA al no acreditarse su envío se explican por el desempeño del cargo de Presidente de CALIPAL, del sr. Everardo , administrador de TAMA.

Tampoco consta acreditado ningún envío de información entre septiembre de 2002 y diciembre de 2004. Por lo tanto, debe excluirse de la infracción consistente en el intercambio de información el periodo de julio de 1998 a diciembre de 2004.

Por el contrario, sí está acreditado el intercambio de información de las cifras de producción y/o reparación y facturación de pales EUR/EPAL de octubre a diciembre de 2004 (enviadas en enero de 2005) hasta las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de octubre de 2008 y así lo reconoce la actora con independencia de que discrepe de su carácter anticompetitivo como luego veremos.

Por lo tanto, el periodo de infracción por el intercambio de información debe computarse desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, no existiendo prueba respecto de la actora más allá de esta fecha.

DÉCIMOCUARTO.- En cuanto al carácter anticompetitivo de la información intercambiada.

Debe recordarse para abordar la cuestión que como licenciatarias del sello de calidad EUR/EPAL, las empresas fabricantes y/o reparadoras de palés de calidad controlada EUR/EPAL asociadas a CALIPAL remitían a ésta información sobre producción y/o reparación de palés. A partir de ahí, CALIPAL fusionaba la información y remitía los Informes y/o cuadros con las cifras de producción y/o reparación mensual y desagregada de cada uno de los fabricantes y/o reparadores de palés con frecuencia trimestral y mediante correo electrónico, a partir de 2004 hasta la finalización de la infracción.

Sostiene Tama que de entenderse acreditada la participación de CALIPAL en el intercambio de información éste no constituye una infracción de los arts 1 LDC y 101 TFU porque los asociados de CALIPAL se hallaban obligados contractualmente con EPAL a remitir mensualmente el número de de palés EU/EPAL producidos a CALIPAL y esta venía obligada a recibir dicha información.

En primer lugar, es necesario verificar la naturaleza de la información intercambiada y si esa conducta constituye una práctica colusoria.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal indican a propósito de las restricciones de la competencia por objeto que:

"72. Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto. Al evaluar si un intercambio de información constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión (1). Para ello tendrá en cuenta si el intercambio de información, por su propia naturaleza, puede dar lugar a una restricción de la competencia (2). 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 (3). La información recíproca sobre tales intenciones puede



permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales. 74. Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1 (4) (5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo."

La jurisprudencia ha sostenido que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica, pues el contacto directo entre competidores determina que cada empresa no actúa con la debida autonomía, cuando la toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado (STJUE de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros, Suiker Unie, párrafo 173 y ss) produciendo así un resultado colusorio.

En el presente caso, no se trata de la práctica acordada de forma unilateral por CALIPAL pues en la Asamblea General Extraordinaria de CALIPAL de 19 de julio de 2004, los asociados de CALIPAL acordaron el envío de forma trimestral del informe de fabricación con las cifras de producción y/o reparación de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL.

Ello pone de manifiesto, en primer lugar, que la información era de interés para las empresas y lo era por su carácter estratégico.

Como indican las Directrices, la información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de 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. Sin embargo, si las empresas compiten en I+D, son los datos tecnológicos los que pueden ser más estratégicos para la competencia. La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio.

En el presente caso, la información intercambiada se refería a datos de producción y/o reparación de palés de las empresas competidores, de la que se puede deducir, por ejemplo, las cantidades producidas y reparadas, los volúmenes de negocio y capacidades de las empresas, así como sus cuotas de mercado. Tales datos tienen carácter estratégico y además, la información intercambiada se refería a datos desagregados, recientes porque eran remitidos con periodicidad trimestral, lo que excluye su carácter histórico y además se trataba de información confidencial. Esos caracteres permiten considerar a la información intercambiada como sensible para la competencia pues al indicar el volumen de producción, número de paletas fabricadas o reparadas, desagregada por fabricante y periodo se puede deducir el volumen de negocio y capacidad productiva de la empresa, así como su cota de mercado, en definitiva, una información estratégica que permite reducir el nivel de incertidumbre entre competidores en el mismo mercado.

A ello se añade que, como destaca la resolución recurrida, las empresas incoadas en este expediente, entre ellas PALLET TAMA, se encontrarían en una horquilla con cuotas de producción de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL entre el 1 y el 10%; con unas cuotas entre el 10% y el 20% estarían BLANCO, TAMA y MARTORELL y con una mayor cuota CASTILLO, con cuota de mercado superior al 30% del total del mercado de palés EUR/EPAL en España. Así pues, las empresas fabricantes de palés EUR/EPAL incoadas en este expediente tendrían una cuota conjunta en España de entre el 90% y 100%, es decir, prácticamente la totalidad de este mercado.

Finalmente, ha de insistirse, la obligación de los asociados de CALIPAL por razón de su contrato con EPAL de remitir mensualmente el número de palés EU/EPAL producidos a CALIPAL a fin de liquidar el canon correspondiente por la utilización del sello EPAL, no justifica el intercambio de información pues a partir de su remisión a CALIPAL con ese fin específico, la información era confidencial y ninguna razón autorizaba su difusión o intercambio entre competidores.

Por esa razón, debe rechazarse la ausencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, como alega TAMA, pues ninguna razón legítima justificaba la remisión por CALIPAL a los fabricantes de la información referida y

si estos, en julio de 2004 acordaron el envío de forma trimestral del informe de fabricación con las cifras de producción y/o reparación de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL., es porque eran conscientes del valor estratégico de la información.

DÉCIMOQUINTO.- La actora cuestiona la calificación de las conductas atribuidas a TAMA como infracción única y continuada, ahora bien, no existe infracción alguna a este respecto porque la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2018 que anuló la dictada inicialmente por esta Sala destacó que " *ella misma solicitó que de admitirse la existencia del cartel, ambas actuaciones (intercambio de información y cartel) se considerasen una única infracción, lo que suponía, evidentemente, integrar y calificar ambas prácticas como una única infracción*".

DÉCIMOSEXTO.- Finalmente en cuanto a la sanción se alega su desproporción y la necesidad de apreciar como atenuante la existencia del informe de un abogado que aseguró la compatibilidad de las prácticas con las normas de competencia, la voluntad de Tama de poner en conocimiento de la autoridad de competencia las prácticas y que el Presidente de Calipal, administrador de TAMA el 16 de febrero de 2011 se negó a proporcionar información relativa a las cifras de fabricación y/o reparación mensuales, trimestrales y anuales de los fabricantes y/o reparadoras de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, la propia CALIPAL la considera confidencial.

Asimismo, habría que valorar como atenuante la situación de crisis del sector y la situación financiera de la empresa.

En todo caso, la propia recurrente recuerda que la sanción se impuso conforme a 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, siguiendo 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.

Por lo tanto, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Supremo y asumido por esta Sala en ocasiones anteriores procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta a fin de que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia recalculase la sanción en el porcentaje que resulte conforme a 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, teniendo en cuenta que la infracción consistente en el acuerdo de fijación de precios debe computarse hasta febrero 2011 y el intercambio de información debe computarse desde enero de 2005 a octubre de 2008.

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

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, actuando en nombre y representación de **PALLET TAMA S.A.** contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en el expediente NUM000 , mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 739.561,13 euros, resolución que anulamos por ser contraria a derecho, en los términos expresados en el fundamento jurídico decimosexto de esta sentencia.

Sin 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.