



Roj: **SAN 3081/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3081**

Id Cendoj: **28079230062020100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **457/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000457 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05969/2014

Demandante: ECOLIGNOR, S.L.

Procurador: D. LUIS ARREDONDO SANZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **BERTA SANTILLAN PEDROSA**

SENTENCIA N^o:

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 quince 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. **457/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Luis Arredondo Sanz, en nombre y en representación de la entidad **ECOLIGNOR, 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 S/0428/12, PALÉS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 64.878,09 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 abril de 2006 hasta octubre de 2008. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala:

" I. Declare la nulidad del expediente y en su consecuencia de la resolución dictada por: (i) nulidad de actuaciones por vulneración del artículo 144 LEC y artículo 36.2 LRJAP -PAC; (ii) Nulidad de actuaciones por vulneración del principio de presunción de inocencia y principio de igualdad ante la ley.

II. Se declare que la conducta de ECOLIGNOR SL no es constitutiva de infracción alguna de la Ley de Defensa de la Competencia.

III. Subsidiariamente se considere que la conducta de ECOLIGNOR SL es constitutiva de una infracción de carácter leve y, por lo tanto, prescrita.

IV. Y más subsidiariamente se compute la multa únicamente por el volumen de palés vendidos tomando como Base 653.570,81 euros sobre palés EUR vendidos. 3,05%=19.933,90 euros. O sobre los palés reparados EUR/EPAL 1.299,37 euros +3.05%=39,63".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirmen 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 inicialmente para ello la audiencia del día 26 de abril de 2017. Y tras sucesivas deliberaciones, se acordó, mediante providencia de 15 de junio de 2017, oír a las partes por término de diez días sobre el alcance que cabía atribuir al art. 51.4 de la Ley 15/2007.

Presentadas las alegaciones, se acordó señalar de nuevo la audiencia del día 12 de julio de 2017, en que tuvo lugar. Y se dictó sentencia estimatoria en fecha 19 de julio de 2017.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de casación. Y el Tribunal Supremo dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2018 cuyo fallo fue del siguiente tenor literal:

*"Primero. Ha lugar al recurso de casación nº 5334/2017 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 19 de junio de 2017 (recurso contencioso administrativo nº **457/2014**) que se casa y anula.*

Segundo. Se ordena devolver las actuaciones al Tribunal de instancia del que proceden para que, con retroacción de las misma al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, se dicte nueva sentencia resolviendo, según proceda, los restantes motivos de impugnación planteados en la instancia, en el bien entendido de que la nueva sentencia que se dicte no podrá considerar que existió un cambio de calificación jurídica que exigiese un nuevo trámite de audiencia, al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.

Tercero. Sin hacer imposición a ninguna de las partes de las costas en casación".

QUINTO.- Recibidos los autos del Tribunal Supremo se señaló nuevamente el presente proceso para votación y fallo para el día 9 de septiembre de 2020 en que tuvo lugar.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Dña. **Berta Santillán Pedrosa**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, ECOLIGNOR, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso, una sanción de multa por importe de 64.878,09 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 abril de 2006 hasta octubre de 2008.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0428/12 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:

ECOLIGNOR, S.L.

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

ECOLIGNOR, S.L.: 64.878,09 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".

La CNMC en la resolución impugnada ha entendido que las empresas sancionadas son responsables de la comisión de una infracción única y continuada por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE que está integrada por la adopción de acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde, al menos, noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde, al menos, julio de 1998 a noviembre de 2011.

En este sentido la CNMC justifica esa consideración refiriendo: "*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*".

Y a juicio de la CNMC "...*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*".

Conductas que la CNMC ha considerado acreditadas 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 cártel*".

Según consta en la resolución impugnada "*el mercado de producto del expediente de referencia es el del palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL fabricado y/o reparado por las empresas licenciatarias del sello de calidad EUR/EPAL asociadas en CALIPAL*". Y continúa diciendo que: "*El palé de madera es un elemento indispensable para la logística del almacenamiento mecanizado y automatizado de muchas empresas, al mismo tiempo, es un material de difícil y costoso almacenamiento. Por ello, en la actualidad, las empresas buscan distintas alternativas para hacer frente a la gestión de sus palés, como la reutilización, el mercado de segunda mano o el alquiler. Pero estas opciones exigen palés de gran calidad, que permitan más de un uso. (...) En concreto, el mercado de producto relevante afectado en este expediente es el de fabricación y distribución de palés de madera, con licencia de calidad controlada EUR/EPAL, otorgado por EPAL, que como ya se ha indicado, es una 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*".



Respecto de la mercantil aquí recurrente ECOLIGNOR, S.L. se le describe en la resolución impugnada como una empresa cuya actividad principal es la fabricación de envases y embalajes de madera, así como su recuperación, reparación y compraventa. Y la CNMC ha entendido que está acreditada su intervención en las conductas sancionadas al especificar su responsabilidad del siguiente modo: " *ECOLIGNOR, 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 abril de 2006 hasta octubre de 2008.*"

SEGUNDO .- En su demanda, la parte recurrente solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

1. Vulneración del artículo 144 de la LEC y del artículo 36.2 LRJAP -PAC por cuanto la denuncia del Abogado de EPAL o el informe de la Comisión Europea en cuanto que su contenido, a pesar de su carácter esencial por cuanto supuso el inicio de la inspección, se encuentra redactado en el idioma alemán sin que conste su traducción jurada al idioma castellano. Y concluye que ello ha vulnerado su derecho de defensa lo que conlleva la nulidad de toda la tramitación del expediente sancionador.

2. Vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio de igualdad ante la ley. Apoya ese argumento diciendo que el órgano instructor no ha recabado ningún documento que implique a ECOLIGNOR de forma separada a otras sociedades que realizaron los mismos hechos -participación en reuniones de acuerdos de precios y recepción de correos electrónicos con los cuadros que relacionaban las cantidades fabricadas y reparadas de palés- y que no han sido sancionadas.

3. Sostiene que los cuadros que recibía de CALIPAL únicamente contenían datos de producción en los que no figuraba porque era exclusivamente una empresa licenciataria de reparación de paletas y que nunca ha sido fabricante de palés por lo que esos datos no le interesaban. Asimismo, señala que los datos que proporcionaba a CALIPAL solo afectaban al número de palés reparados con el único fin del pago del canon como licenciataria del sello de calidad EUR/EPAL. No indicaba precios, ni destinatarios, ni zonas por lo que era una información inocua y sin ningún efecto en el mercado.

4. Niega que los cuadros que remitía CALIPAL recogieran información estratégica por cuanto no le afecta ni le importa la fabricación de los palés.

5. Supletoriamente sostiene que, en su caso, la conducta debería calificarse como infracción leve y ello determinaría su prescripción ya que se le imputa una actuación -recepción de correos electrónicos- que termina en fecha 22 de octubre de 2008.

6. Falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de cada una de las alegaciones efectuadas por la recurrente conviene recordar que, según recoge la CNMC en la resolución impugnada, se ha sancionado por la realización de conductas anticompetitivas que han supuesto un acuerdo formal entre empresas del mismo sector cuyo fin era reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo así un poder sobre el mercado en el que podían obtenerse los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores y de otras empresas del mismo mercado.

En el caso analizado el mercado de producto relevante afectado es el de la fabricación y distribución de palés de madera con licencia de calidad controlada EUR/EPAL, otorgado por EPAL que es una Asociación europea sin ánimo de lucro que agrupa a fabricantes, comerciantes, reparadores, utilizadores de paletas EUR y materiales auxiliares de calidad controlada. EPAL tiene por misión garantizar la calidad de la paleta EUR, así como la marca comercial y de calidad y fiabilidad EPAL. Y 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.

Concretamente, la CNMC en la resolución impugnada ha entendido que las empresas sancionadas son responsables de la comisión de una infracción única y continuada por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE que está integrada por la adopción de acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde, al menos, enero de 2005 a noviembre de 2011.

Y, según la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada, y que esta Sección asume íntegramente, las conductas anticompetitivas sancionadas se han llevado a cabo por los fabricantes y/o



reparadores de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en virtud de diversos acuerdos adoptados en las reuniones celebradas entre los fabricantes y/o reparadores de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, con la asistencia de CALIPAL, con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento:

1. En la reunión de la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL, celebrada el 17 de febrero de 2004, 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.
2. En la Junta Directiva de CALIPAL celebrada en fecha 22 de noviembre de 2005 se acordó celebrar un Encuentro Sur-europeo de fabricantes de palés con calidad controlada. Convocando el presidente de CALIPAL a ese primer Encuentro tanto a los miembros fabricantes de palés de madera con calidad controlada EUR/EPAL asociados a CALIPAL como a los no asociados, como fueron San Vicente, Tole Catalana y Picos Urbión, así como a los representantes de Qualipal Francia y FEFP Portugal. Encuentro que se celebró en Madrid el 15 de diciembre de 2005.
3. En ese I Encuentro de Fabricantes los asistentes analizaron y acordaron la fijación de precios para la comercialización de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL a partir de 1 de enero de 2006 tal como se aprecia en las conclusiones alcanzadas al referir: *"En España se tendrá que conseguir que la comercialización de los palés EURO entre los días 1 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2006 se haga a un precio mínimo de las paletas de 8,68 euros al cliente final. Al 30 de marzo, el precio mínimo que tienen que alcanzar las paletas, considerando 8,11 del precio base actual, se calcula que debe estar en un precio medio de 8,39 euros mínimo"*. Y se concluye: *"es importante seguir la línea de mínimos acordada para poder asegurar el futuro del sector y que no existan ofertas temerarias que pongan en peligro la supervivencia de nuestras empresas"*. (folios 6289 a 6293 del expediente administrativo).
4. El II Encuentro Sur-Europeo de Fabricantes de Palés con calidad controlada se celebró en Oporto en fecha 27 de marzo de 2006. Y en las anotaciones manuscritas consta la manifestación realizada por el presidente de CALIPAL en el sentido de que *"el acuerdo de mínimos que se alcanzó en Madrid es pequeño, pero significa algo muy importante: empezar a caminar juntos por el beneficio de nuestras empresas"*. Y se decidió la creación de un Grupo de Trabajo que refuerce el área comercial y que pueda dar continuidad a los acuerdos adoptados en las reuniones que se han celebrado. Grupo de Trabajo que se reunió por primera vez en fecha 3 de julio de 2006 indicándose como objetivos de dicho Grupo: *"Hay que conseguir que la mayor parte de los fabricantes se comprometan a respetar los acuerdos que benefician al sector de la paleta EUR/EPAL y que eviten perjudicar a la mayoría, no perjudicándose a sí mismos. Sabemos que existen miembros que están fuera de estos acuerdos y es bueno que se vayan acercando. Es fundamental conocer los costes mínimos para poder conseguir hacer las cosas en positivo"*. (folios 6243 a 6245 del expediente administrativo). Y para cumplir esos objetivos decidieron intercambiarse información 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 suficientes dichos costes. Y para ello se decidió que *"cada fabricante del GT traerá a la próxima reunión el precio de coste, en fábrica de una paleta"*.
5. La II reunión del Grupo de Trabajo tuvo lugar el 6 de septiembre de 2006 y se dijo: *"una vez analizados los costes de fabricación de la paleta EUR/EPAL presentados por los integrantes del Grupo de Trabajo y de acuerdo con el estudio realizado se llega a la conclusión de que el coste de fabricación (...) Se presentara este coste a la Junta Directiva para decidir la conveniencia de dar a conocer estos datos a todos los miembros de CALIPAL, para despertar en algunos asociados el interés en corregir las desviaciones que puedan tener en la actualidad"*.
6. En la III reunión del Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial que se celebró el 30 de noviembre de 2006 se decidió la celebración de un III Encuentro Sur-Europeo de Fabricantes de Palés de Madera de Calidad Controlada para el 13 de diciembre de 2006 y los asistentes analizaron que para sus negocios habían sido beneficiosas las reuniones celebradas y que el objetivo debía ser trasladar el cumplimiento de los acuerdos adoptados en esos encuentros a la totalidad de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL y, entre otras consideraciones, señalan *"el precio del producto final debe sufrir un incremento"* y además *"estamos en un momento en el que el mercado puede aceptar una subida"*.
7. En la reunión celebrada en fecha 4 de julio de 2007 con ocasión del IV Encuentro de Fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL se acordó un precio mínimo de 10,50 euros para un palé suministrado hasta un radio de 300 Km y de un precio mínimo del tratamiento térmico según ISPM 15 de 1 euro paleta, así como de un tratamiento térmico con secado artificial de 5 euros paleta.



8. El siguiente encuentro de fabricantes se celebró el 19 de noviembre de 2007 y se decidió incrementar el precio de los palés al menos del 5% de 10,50 euros paleta y se adoptaron 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. (folios 4200 a 4204 del expediente administrativo).

9. Los siguientes encuentros de fabricantes se celebraron el 7 de julio de 2008 y 11 de noviembre de 2008 y en esta última reunión se indicó *"la realidad es que sobra gente en el mercado"* y el presidente de CALIPAL dijo se *"insiste en la bondad de la alineación"*.

10. Y en el encuentro celebrado el 11 de diciembre de 2008 se refiere que *"si el mercado nos obliga, tendremos que bajar el precio, pero tendremos que ir al mercado de fuera del pacto"*; y se *"ha intentado cumplir el pacto"* y *"el pacto es irrealizable"*; *"es irrealizable porque el 60% de las paletas no están dentro"* y se mantuvieron los precios acordados.

11. El siguiente encuentro de fabricantes se celebró el 20 de julio de 2009 y se consideró que era necesario continuar con ese grupo de fabricantes para trabajar unidos, buscando soluciones comunes e intentando que se adhiran al mismo el máximo número posible de fabricantes y se concluyó *"estudiar profundamente y en conjunto los costes del producto para ser capaces de, aunando esfuerzos, conseguir una mínima repercusión de estos en el producto y establecer una referencia de costes que pueda servir como tal, para orientar nuestros negocios"*.

12. Un nuevo encuentro de fabricantes se celebró el 15 de septiembre de 2009 y se consideró que sería oportuno la celebración de una reunión en el primer trimestre del año 2010, el día anterior a la reunión de la Asamblea General de CALIPAL, para fijar unos parámetros de referencia para posicionarse en el mercado ya que se concluyó *"se da mala imagen si cada fabricante ofrece el mismo producto a precios distintos"*.

13. En fecha 24 de febrero de 2011 tuvo lugar en Zúrich la reunión del Comité Directivo de EPAL con la asistencia del presidente de CALIPAL. En esa reunión el letrado de EPAL puso de manifiesto que los órganos directivos de EPAL tenían conocimiento de los Encuentros celebrados por los fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, licenciados de EPAL en España y asociados a CALIPAL. Y entendió que esos encuentros suponían un cártel de fijación de precios exigiendo al presidente de CALIPAL que se pusiera fin.

14. Además, de la celebración de esos encuentros y reuniones referidos, CALIPAL entregaba a las empresas fabricantes y/o reparadoras de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, bien por correo electrónico o bien en algunas de las reuniones de la Asamblea General, de forma mensual o trimestral, cuadros que denominaba "cuadros de facturación" o "cuadros de producción" que contenían las cifras de producción y/o reparación de palés de cada uno de los licenciarios y, en algunas ocasiones, contenían las cifras de facturación. Y ello, al menos, desde el mes de julio de 1998 a noviembre de 2011.

La CNMC, apoyándose en esos hechos, concluye en la resolución impugnada que: *"la totalidad de los hechos descritos deben considerarse una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que pueden subsumirse múltiples acuerdos diferenciados como los descritos, sin que pueda aseverarse que nos encontramos ante conductas autónomas e independientes entre sí, que pudieran ser valoradas cada una como infracciones únicas y continuadas de naturaleza independiente"*. Y añade: *"ha quedado acreditada la existencia de una conducta constitutiva de un cártel para la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL. Asimismo, se ha acreditado igualmente la existencia de un acuerdo y practica concertada consistente en un intercambio de información comercialmente sensible, que se produce entre competidores reales en el mercado de la fabricación y/o reparación de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en España."*

Esta Sección, como ya hemos indicado, comparte el relato de hechos efectuado por la CNMC, y que hemos descrito anteriormente, y ello nos permite concluir, al igual que la CNMC, que esa forma de actuación encaja en la consideración de conducta anticompetitiva que se califica como infracción única y continuada de carácter complejo y ello porque los diversos comportamientos descritos anteriormente presentan un vínculo de complementariedad entre empresas que forman parte del mismo mercado de producto que contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. Ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado, además, desde la actuación determinante de la entidad CALIPAL, por cuanto pretendían destruir la competencia en el mercado de la fabricación y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en España a través de la eliminación de la autonomía individual y la concertación de las empresas participantes y reducir así la tensión competitiva a través de la transparencia en las cifras de producción y/o reparación así como en la adopción de los acuerdos dirigidos a coordinar tanto los precios de venta de los referidos palés como las condiciones comerciales de la venta para poder



fijar en consecuencia una política comercial común en relación con las condiciones comerciales de la venta de los palés. Y ello no tiene por qué implicar una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados, pero sí una coordinación que persigue aproximar la uniformidad del precio final entre los partícipes eliminándose así la competencia entre empresas del mismo mercado de producto.

Conductas que encajan en la definición de práctica concertada recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile que en su párrafo 26 refiere: *"Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C104/85, C114/85, C116/85, C117/85 y C125/85 a C129/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".*

Y esa misma sentencia del Tribunal de Justicia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.

(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".

No cabe duda, por tanto, de que los acuerdos adoptados sobre fijación de precios y condiciones comerciales, así como el intercambio de información tenían aptitud para restringir la competencia en todo el mercado nacional, por cuanto se reducía la independencia en la toma de decisiones de las empresas al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa como era la fijación y/o negociación de precios. Acuerdos que podían alterar la competencia pues las empresas reducían así la incertidumbre a la que se enfrentaban conociendo mejor la estrategia comercial de sus competidores.

CUARTO.- Antes de analizar la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada por la CNMC, debemos examinar los motivos formales en los que la actora funda su impugnación. La recurrente considera que se le ha ocasionado indefensión material determinante de nulidad de toda la actuación administrativa por cuanto no ha podido conocer, al no estar redactado en el idioma castellano, la denuncia del abogado de EPAL ni el informe de la Comisión Europea cuyo contenido determinó que la CNMC ordenara inspecciones domiciliarias en varias empresas del sector afectado.

No compartimos la alegación de indefensión invocada por la recurrente. La resolución sancionadora en ningún momento apoya la imputación en esos documentos a los efectos de poder entender, en su caso, que su conocimiento era imprescindible para el interesado. Esos documentos han permitido a la CNMC acordar inspecciones domiciliarias respecto de las cuales no consta que la recurrente hubiera formulado alguna objeción.

QUINTO.- Corresponde ahora examinar si existe en el expediente administrativo prueba de la participación de la mercantil recurrente en las conductas que han integrado la calificación de infracción única y continuada.

A la recurrente, ECOLIGNOR, S.L., se le ha sancionado por su participación en la infracción única y continuada por su participación 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 abril de 2006 hasta octubre de 2008 recibiendo de CALIPAL los cuadros con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de los empresarios que participaban en las conductas colusorias examinadas. Ya que, en relación con la conducta consistente en el acuerdo de fijación de precios y de condiciones comerciales, la CNMC ha concluido que su conducta había quedado prescrita de acuerdo con el artículo 68 de la LDC ya que su última participación tuvo lugar en el año 2007 en la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL celebrada el 3 de marzo de 2007.



Iniciamos el análisis respecto de la prueba obrante en el expediente administrativo en relación con la participación de la mercantil recurrente en la conducta imputada consistente en el intercambio de información.

La recurrente no niega haber recibido de CALIPAL información sobre las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL de las empresas licenciatarias de EPAL. Pero, en su defensa, alega que (i) esa conducta es imputable exclusivamente a la decisión de CALIPAL ya que, según ella dice, las empresas no tuvieron ninguna intención ni realizaron ninguna acción dirigida a poner en marcha por sí mismas el intercambio de información; (ii) que la información remitida no puede tener la consideración de información comercialmente sensible y estratégica puesto que no incluía ni precios, ni márgenes, ni costes ya que se limitaba a remitir las cifras de producción pero no las cifras de ventas; y (iii) además porque como era una empresa reparadora no tenía ningún interés para su política y estrategia comercial conocer la cifras de producción y de fabricación de los palés. Concluye por ello que no se le puede imputar la conducta consistente en participar en el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica.

Debemos por tanto valorar su participación en esa conducta, así como la naturaleza de la información que recibía. Y, en relación con los medios de prueba acreditativos de este tipo de conductas, como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso no 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 174 y 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 reiteramos en 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 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 741) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). 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"*.

Es cierto, como así sostiene la recurrente, que en cumplimiento de los contratos de licencia del sello de calidad EUR/EPAL las empresas fabricantes y/o reparadoras de palés de madera con el sello de calidad EUR/EPAL estaban obligadas a comunicar, con periodicidad mensual, el número de palés de madera EUR/EPAL fabricados o reparados por cada una de ellas. Y ello era necesario para poder llevar a cabo la facturación de las tasas de licencia para EPAL. Sin embargo, también es cierto que CALIPAL, que recibía esa información de cada una de las empresas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales como licenciatarias del sello de calidad, recopilaba toda esa información que recibía y elaboraba con posterioridad cuadros que denominaba "cuadros de producción" o "cuadros de facturación" en los que recogía las diferentes cifras de producción y/o de reparación de los palés EUR/EPAL de cada uno de los fabricantes y/o reparadores de palés de madera de calidad controlada perfectamente identificados y que posteriormente entregaba a los fabricantes y/o reparadores de palés de madera de calidad EUR/EPAL bien mediante correo electrónico o bien en las reuniones de la Asamblea General.

Esta Sala no comparte el criterio de la recurrente cuando en su defensa afirma que no se le puede imputar esa conducta ya que entiende que fue CALIPAL quien de forma exclusiva adoptó la decisión de remitir esos cuadros. No afecta a la determinación de la participación examinada quien fue el que tomó la decisión de remitir esos cuadros conteniendo la información relatada, pues lo cierto es que en ningún momento consta que la recurrente rechazara de forma expresa y publica la recepción de dichos datos lo que permite, al menos, presumir que ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido adaptar su conducta en el mercado del producto afectado a la vista de los datos de producción y/o reparación de los palés de las empresas competidoras.

Además, esta Sala hace especial hincapié en que esa remisión de información por parte de CALIPAL no se realizó únicamente por su iniciativa, ya que consta como las empresas asociadas a CALIPAL, y entre ellas la



recurrente, acordaron el intercambio de dicha información en la Asamblea General Extraordinaria de CALIPAL celebrada en fecha 19 de julio de 2004 (folios 6280 a 6284 del expediente administrativo).

Por otra parte, la recurrente niega que la información recibida pueda alinear estrategias comunes o que permita conocer la estrategia comercial de los competidores y ello porque entiende que la información remitida no es desagregada, no es actual y no es información comercialmente sensible y estratégica.

Para poder calificar un intercambio de información entre empresas competidoras como una conducta anticompetitiva debe reunir unas características específicas que están recogidas y definidas en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011). Dicha regulación parte de la idea de que cada empresa es quien debe determinar de forma independiente la política que se propone adoptar en el mercado, así como las condiciones que se propone ofrecer a sus clientes de tal manera que, cuando las empresas competidoras entre si sustituyen el riesgo de la competencia por una cooperación practica entre ellas debe entenderse que son acuerdos y cooperación colusoria. Y en el epígrafe (75) se dice expresamente que: *"La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca efectos negativos apreciables en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada"*.

En este sentido destacamos los siguientes epígrafes:

(86): *"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"*.

(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"*.

(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"*.

(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"*.

Esta Sala, a diferencia del criterio de la recurrente, entiende que la información remitida -cifras de producción y de reparación de los palés y, en algunas ocasiones, las cifras de facturación diferenciando a cada empresario con su correcta denominación empresarial- tiene la consideración de información estratégica por cuanto al conocer los datos de producción y/o reparación se puede conocer el número de las cantidades producidas y reparadas y con ello los volúmenes de negocio y capacidades de las empresas competidoras, así como sus cuotas de mercado. Y todo ello permitía conocer cuál era la evolución de las cuotas de producción mensual, trimestral y anual y con ello se podían detectar cambios en el comportamiento de sus competidores ya fuera en cantidades, costes o demanda lo que permitía adoptar una determinada estrategia comercial en ese mercado si se conoce la de sus competidores, así como la evolución en el mercado. Y conocer la oferta y demanda existente en el mercado del producto afectado permitía a la recurrente ajustar su estrategia comercial a la hora de efectuar ajustes en la actividad de la reparación de los palés o bien aumentando o bien disminuyendo su actividad a la vista de cómo estaba funcionando el mercado de producción.

Por otra parte, la información intercambiada era reciente y no histórica ya que se correspondían con datos a mes vencido hasta el año 2004 y a partir de dicho año con periodicidad trimestral lo que permitía a los empresarios participantes realizar cambios y adaptaciones en su estrategia comercial futura toda vez que



los datos intercambiados permitían conocer cuál era la situación real y actual de los competidores. Por otra parte, la puesta en conocimiento de esos datos al resto de las empresas competidoras rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del funcionamiento competitivo del mercado al permitir que los competidores actuasen en consecuencia modificando su conducta en el mercado.

Y, finalmente, se remitía una información que era confidencial por ser estratégica como así lo había exigido EPAL e incluso lo reconoce la propia CALIPAL cuando al contestar al requerimiento de información realizado por la DI expresa que la citada información que remitía *"...contiene secretos de negocio y datos comercialmente sensibles de conformidad con el artículo 42 de la LDC , cuyo conocimiento por parte de terceros supondría desvelar al mercado información sobre la estrategia comercial de los asociados de CALIPAL, que podría perjudicar gravemente su posición competitiva"*. (folios 4771 a 4774 del expediente administrativo).

Por ello concluimos que la información intercambiada si afectaba a datos y a información estratégica, estaba desagregada y era actual lo cual permitió conocer las estrategias comerciales presentes y futuras de las empresas competidoras y con ello se eliminó la incertidumbre entre los competidores al conocer datos de la política comercial propia de cada empresa, como eran las cuotas de producción y de reparación de palés así como su facturación, lo cual permitía conocer los precios ofrecidos por los competidores así como sus cuotas de mercado y con ello poder luego acordar unos precios mínimos de forma alineada. Asimismo, ese intercambio permitió acomodar la política comercial de cada fabricante y/o reparador atendiendo a las estrategias de sus competidores en lugar de actuar asumiendo sus propios riesgos en el mercado y ello aunque solo se dedicara a la reparación de los palés pues no se puede obviar que el mercado de producto afectado por las conductas anticompetitivas analizadas es el de la fabricación y/o reparación de palés en su conjunto de tal modo que las empresas que forman parte de ese mercado pueden adoptar su estrategia si conocen la de sus competidores.

Precisamente son las características atribuidas a la información intercambiada lo que permite a esta Sala concluir que se trata de una conducta que restringe la competencia cuyo objetivo era la coordinación entre competidores para reducir los riesgos competitivos y aumentar artificialmente la transparencia en el mercado. Declaramos, por tanto, que las características que tenía la información intercambiada permitía conocer la política comercial y estratégica de los competidores y ello permite su consideración como 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 entre los fabricantes y/o reparadores de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL que tenía por objeto o podía producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Conducta que se ha tipificado correctamente como infracción muy grave en el artículo 62.4.a) de la Ley de Defensa de la Competencia .

En consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada en el intercambio de la información estratégica, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción que se le imputa.

De forma subsidiaria, la mercantil recurrente invoca que, en su caso, la conducta imputada de intercambio de información habría prescrito toda vez que se le imputa participar en ese intercambio hasta el mes de octubre de 2008. No podemos aceptar esa consideración porque las infracciones muy graves como es la imputada prescriben a los cuatro años y ese plazo no ha transcurrido atendiendo a la fecha en que se acuerda la incoación del expediente sancionador que tuvo lugar en fecha 28 de septiembre de 2012.

SEXO.- Finalmente, la recurrente refiere que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía.

En este caso la sanción se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados 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, por ese único motivo, esta Sección estima y acepta la afirmación de la recurrente de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias. Y ello nos llevan a la estimación del recurso contencioso administrativo, pero exclusivamente en este punto y se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia a que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia.



SÉPTIMO.- Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo no se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº **457/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Luis Arredondo Sanz, en nombre y en representación de la entidad **ECOLIG NOR, 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 S/0428/12, **PALÉS**, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 64.878,09 euros y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNMC a que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia.

No se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos 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.