



Roj: **SAN 3080/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3080**

Id Cendoj: **28079230062020100280**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **447/2014**

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: 0000447 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05896/2014

Demandante: HEMASA SCL

Procurador: D. RAMON RODRÍGUEZ NOGUEIRA

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. **447/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y en representación de la entidad **HEMASA SCL**, 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 59.470,17 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011. 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 ésta Sala que la resolución impugnada "...deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad en lo que afecta a HEMASA, y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta a mi mandante. 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 y/o reducción sustancial de la multa de 59.470,17 euros impuesta a HEMASA por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito de recurso".

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 19 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 3 de diciembre de 2018 cuyo fallo fue del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, dictada en el recurso contencioso administrativo 447/2014, que casamos.

Segundo. Ordenar la retroacción de las actuaciones procesales del mencionado recurso contencioso administrativo al momento anterior al de dictarse sentencia y su devolución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que resuelva lo que estime pertinente sobre los demás motivos de impugnación formulados por la mercantil SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO HEMASA contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de septiembre de 2014.

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

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, HEMASA SCL, 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 59.470,17 euros por su participación en la comisión de una infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones y en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011.

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:

13. HEMASA SCL, porsu participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones y en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011.



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

13. HEMASA SCL: 59.470,17 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, de carácter complejo, 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 HEMASA, SCL se le describe en la resolución impugnada como una cooperativa familiar constituida en 1998 cuya actividad principal es la fabricación y comercialización de palés de madera y de forma residual realiza venta de astilla de madera a terceros. Y la CNMC ha entendido que está acreditada su intervención en las conductas sancionadas al especificar su responsabilidad del siguiente modo: " *HEMASA, S.C.L. , por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente*



en la fijación de precios y condiciones comerciales y en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011."

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

1. Caducidad del expediente sancionador. Sostiene que no puede aceptarse la suspensión de la tramitación del procedimiento acordada por la CNMC en fecha 27 de julio de 2014 toda vez que esa suspensión se había acordado con posterioridad al 28 de marzo de 2014 que era el término inicial del plazo máximo de 18 meses para notificar la resolución.

2. Vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio de transparencia en relación con la obligada confidencialidad de las comunicaciones Abogado-Cliente. Sostiene, por una parte, que la denuncia ante la Comisión Europea en enero de 2011 por parte del Sr. Bernd Dorré, abogado de EPAL, constituye el origen del expediente administrativo en el que se ha dictado la resolución sancionadora ahora impugnada. Denuncia a la que, sin embargo, no ha tenido acceso con la correspondiente vulneración del principio de transparencia y del derecho de defensa. Y, por otra parte, sostiene que esa denuncia supone la vulneración del principio de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y clientes al señalar que el Sr. Dorré actuó como letrado de la recurrente durante los años en los que se imputa la infracción.

3. Infracción del derecho de defensa en vía administrativa por cuanto se le ha denegado de forma injustificada la práctica de las pruebas propuestas tales como la prueba testifical y la prueba pericial. La testifical expone que pretendía verificar (i) con la Comisión Europea que la documentación original fue presentada por el Abogado Sr. Dorre; y (ii) con EPAL, SGS y CALIPAL. Y con la prueba pericial perseguía demostrar que no era posible un acuerdo de cártel entre un grupo reducido de empresas que representaban menos de la mitad del mercado afectado en una situación de caída general de la demanda.

4. Inexistencia de cártel. Niega que se le pueda considerar responsable de la participación en los acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales en el periodo que va de enero de 2005 a noviembre de 2005. En relación con el periodo de noviembre de 2005 a noviembre de 2007 expone que no participó en todas las reuniones celebradas en ese periodo y en las reuniones en las que si asistió dice que no se discutió ningún aspecto comercial de fijación de precios o acuerdos comerciales sino que, lo que se perseguía era proteger la calidad de los palés EUR/EPAL conforme a los requisitos establecidos en la licencia de fabricación, principalmente porque en ese periodo los precios de la madera -materia prima principal de los palés- subían prácticamente todos los meses y por ese motivo se fijaron unos precios medios de venta que eran solo ligeramente superiores a los costes medios totales para evitar la pérdida de clientes. Y finalmente en el periodo de noviembre de 2007 a noviembre de 2011 señala que no existe prueba de su participación con posterioridad a la reunión de 19 de noviembre de 2007 por lo que su conducta en todo caso habría prescrito al haber tenido lugar las inspecciones en junio de 2012.

5. En relación con la conducta imputada de intercambio de información señala que ese intercambio solo es imputable a CALIPAL toda vez que HEMASA se limitaba a proporcionar a CALIPAL el número de palés fabricados con el único fin del pago del canon como licenciataria del sello de calidad EUR/EPAL. Asimismo, niega que los cuadros que remitía CALIPAL recogieran información estratégica por cuanto no indicaban precios, ni destinatarios, ni zonas por lo que era una información inocua y sin ningún efecto en el mercado. Y añade que esa información no es estratégica porque no aporta ninguna utilidad comercial ya que no es un intercambio sobre precios o volúmenes futuros.

6. De forma subsidiaria, plantea la errónea valoración de la existencia de infracción continuada con la consecuencia de que concurre la prescripción pues, sostiene que en su caso las conversaciones sobre costes y precios solo se produjeron hasta noviembre de 2007.

7. De forma subsidiaria plantea la inexistencia de infracción desde septiembre de 2009 hasta noviembre de 2011.

8. Erróneo cálculo de la sanción por la aplicación de la Comunicación de la CNMC de 6 de febrero de 2009.

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.

Concretam ente, la CNMC en la resolución impugnada ha entendido que las empresas sancionadas son responsables de la comisión de una infracción única y continuada, de carácter complejo, 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 adhirieran 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 licenciatarios 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 practicas 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 practica 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, como es el caso, 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. Y razones de sistemática procesal exigen pronunciarse en primer lugar sobre la alegación de caducidad del procedimiento invocada al amparo del criterio que seguía esta Sección en la sentencia de 25 de enero de 2016, entre otras. Concretamente considera que existe caducidad porque no puede aceptarse la suspensión de la tramitación del procedimiento acordada por la CNMC en fecha 27 de julio de 2014 toda vez que esa suspensión se había



acordado con posterioridad al 28 de marzo de 2014, que era el termino inicial del plazo máximo de 18 meses para notificar la resolución.

Debemos desestimar dicho motivo por cuanto el criterio en el que se apoya la recurrente y que seguía esta Sección ha sido corregido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de julio de 2016, recurso de casación núm. 3811/2016. El Tribunal Supremo indica en esa sentencia que el plazo de tramitación real y funcional del expediente sancionador, globalmente considerado, no puede superar en ningún caso los 18 meses que la LDC y su reglamento de desarrollo establecen; es decir, que aun sumando a la fecha inicialmente establecida como de término de esos 18 meses (la fecha en que se cumplen 18 meses a partir de la fecha de inicio del expediente) los periodos temporales de suspensión del trámite procedimental, el plazo resultante, íntegra y globalmente contemplado, no puede superar 18 meses. Pero el Tribunal Supremo, frente al criterio del recurrente, admite que, una vez que han transcurrido esos 18 meses (contados desde la fecha de incoación), si es posible acordar suspensiones añadidas en el intervalo añadido correspondiente al plazo ampliado.

Dicho de otra forma, el Tribunal Supremo en la citada sentencia no rechaza ni desautoriza la posibilidad de acordar una segunda suspensión, o sucesivas suspensiones, dentro del plazo global máximo de tramitación de 18 meses, incluido dentro de dicho plazo el sobrevenidamente resultante de una suspensión precedente.

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

QUINTO.- Igualmente rechazamos la alegación de indefensión invocada por la recurrente en cuanto que en la vía administrativa no se han practicado algunas de las pruebas propuestas: la prueba testifical para interrogar a la Comisión Europea y la prueba pericial; así como que no ha tenido conocimiento del contenido de la denuncia previa a la incoación formulada por el Sr. Dorré, Abogado de EPAL.

No existe un derecho absoluto a que se practiquen todas las pruebas propuestas por los interesados en vía administrativa. Y en este caso la Dirección de Competencia justificó de forma acertada porque entendía que no era necesario practicar las pruebas propuestas y especialmente porque entendía que esas pruebas eran irrelevantes para el ejercicio del derecho de defensa de la recurrente. Por otra parte, la mercantil recurrente, en la vía judicial, se ha limitado a señalar que en la vía administrativa se le ha ocasionado indefensión material determinante de nulidad de la actuación administrativa porque no se han practicado las pruebas propuestas, pero, en ningún momento, mas allá de la mención genérica de la vulneración del derecho de defensa, ha efectuado una especial consideración respecto del carácter relevante e imprescindible de las pruebas que se le habían denegado.

Asimismo, debemos rechazar la alegación de indefensión efectuada por la recurrente cuando entiende que no se le ha dado traslado del contenido de la denuncia formulada por el Sr. Dorré ante los órganos de la Comisión Europea determinante de la incoación del expediente sancionador. Esta Sala destaca que la incoación no se produjo por la denuncia referida, sino que fue de oficio por la CNMC una vez recibido un informe remitido por la Comisión Europea declarado confidencial.

Tampoco admitimos la alegación de vulneración del principio de confidencialidad entre abogado y cliente. Y ello porque para que, en su caso, se produzca la vulneración de ese principio no es suficiente con referir que el Abogado Sr. Dorré fue abogado de la recurrente en las fechas de la imputación toda vez que, la labor de un abogado respecto de una empresa puede abarcar muchos aspectos y solo será exigible al abogado que guarde confidencialidad respecto de aquellos actos de la recurrente que conoce exclusivamente por su labor de abogado pero no cuando lo conoce por otras vías, como en este caso así fue al ser el Sr. Dorré abogado de EPAL.

SEXTO.- 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, de carácter complejo, en este caso.

A la recurrente, HEMASA, se le ha sancionado por su participación en la infracción única y continuada, de naturaleza compleja, antes descrita. Y, en concreto, por su participación en los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, así como en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011 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.

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; y (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. 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 pública 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 desahogada, 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 práctica 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 al conocer la oferta y demanda existente en el mercado del producto afectado.

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 actuaran 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 atendiendo a las estrategias de sus competidores en lugar de actuar asumiendo sus propios riesgos en el mercado.

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.

SÉPTIMO.- Debemos ahora analizar si existe en el expediente administrativo prueba en relación con la conducta igualmente imputada en la resolución sancionadora como es su participación en los acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales.

La defensa de la recurrente en relación con esa imputación manifiesta que no intervino en todas las reuniones y que, incluso, en las reuniones en las que reconoce que si participó niega que se adoptaran acuerdos sobre fijación de precios o condiciones comerciales ya que lo que se perseguía era obtener una colaboración entre todos los operadores para mantener y mejorar la calidad del producto que podía verse afectada dado el elevado precio de la madera -materia prima principal de los palés-.

Destacamos que figuran en el expediente administrativo multitud de actas y notas manuscritas de las diversas reuniones celebradas por los empresarios del mismo mercado de producto a través de distintos formatos -encuentros de fabricantes, reuniones de un grupo de trabajo, o reuniones en las asambleas generales de CALIPAL-. Es cierto que en esas actas y notas manuscritas de las reuniones se recogen manifestaciones de los empresarios asistentes relativas a diversos aspectos que afectan efectivamente a la calidad, seguridad y a la buena reputación de los palés, pero también es cierto que se recogen manifestaciones relativas a la conveniencia de actuar de forma conjunta con pactos relativos a la determinación de precios comunes fijando incluso cuantías concretas, así como porcentajes de subidas.

Frente al criterio de la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, aunque no se participe en todas las reuniones o encuentros celebrados a lo largo de los años pues es suficiente con tener conocimiento de su celebración y no manifestar de forma pública y expresa su rechazo a esa práctica ni manifestar su decisión de abandonar esos pactos comunes. Situación esta que se da en el caso de la recurrente pues consta que participó en diversas reuniones y que conocía lo que en ellas se estaba acordando sin mostrar pública discrepancia a ello por lo que se benefició del citado sistema de pactos y acuerdos comunes.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria referida se refleja entre otras en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se dice: "*En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión /Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".*

Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

"(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Por otra parte, la recurrente sostiene que, aunque participó en algunas reuniones, no tuvo conocimiento de los acuerdos de precios y de condiciones comerciales imputados porque precisamente en las reuniones en las que participó no se hablaba del alineamiento imputado, sino que, al contrario, se pretendía obtener acuerdos para mejorar la calidad en la fabricación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL.

Esta Sala no puede compartir esa afirmación ya que consta su participación en diversos encuentros y reuniones en las que los empresarios asistentes manifestaban la necesidad de adoptar un plan común de actuación entre los empresarios competidores del mismo mercado de producto que superaba el mero interés común en mantener la buena reputación y la calidad de los palés. Así, entre otras, destacamos su participación:

a) En el I Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés de madera con calidad controlada celebrado en Madrid en fecha 15 de diciembre de 2005 en el que queda claro que los asistentes quieren adoptar un plan común en cuanto al precio de los palés EUR/EPAL pues en el acta de ese encuentro se recoge que "se tendrá que conseguir que la comercialización de los palés euro entre el 1 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2006 se haga a un precio mínimo de 8,68 euros al cliente final. Al 30 de marzo, el precio mínimo que tienen que alcanzar las paletas, considerando 8,11 el precio base actual, se calcula que debe estar en un precio medio de 8.39 euros mínimo".

b) En el II Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés de madera de calidad controlada celebrado en Oporto el 27 de marzo de 2006 consta que se dijo: "...el acuerdo de mínimos que se alcanzó en Madrid es pequeño, porque ya se estaba en ese mínimo, pero significa algo muy importante: empezar a caminar juntos por el beneficio de nuestras empresas. (...) Personalmente, pienso que, si deberíamos seguir adelante con el proyecto, porque además ese proyecto lleva implícito otras cuestiones importantes, como sería la comercialización del pool, etc, algo que solamente se puede concebir con miembros que sean capaces de ser fieles y sepan respetar los acuerdos".

c) En el V Encuentro de fabricantes que se celebró el 19 de noviembre de 2007 consta que se decidió incrementar el precio de los palés al menos del 5% de 10,50 euros paleta y, además, 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.

d) En el Encuentro de fabricantes celebrado el 11 de noviembre de 2008 consta que se dijo "la realidad es que sobra gente en el mercado" y el presidente de CALIPAL dijo se "insiste en la bondad de la alineación".

e) En el Encuentro de fabricantes celebrado el 20 de julio de 2009 se consideró que era necesario continuar con ese grupo de fabricantes para trabajar unidos, buscando soluciones comunes e intentando que se adhirieran 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".

f) En el Encuentro de fabricantes celebrado el 15 de septiembre de 2009 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". Y se concluye diciendo que es necesario "fijar unos parámetros de referencia para posicionarse en el mercado".

Asimismo, para dar continuidad a los acuerdos alcanzados en los encuentros entre fabricantes de palés y reforzar el área comercial los empresarios decidieron crear un Grupo de Trabajo que también conocía la recurrente por su asistencia a la Asamblea General Extraordinaria de CALIPAL celebrada el 21 de junio de 2006



así como a la reunión de la Junta Directiva de Calipal de 23 de octubre de 2006. Ese Grupo de Trabajo 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 beneficien 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"*.

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 tanto en los acuerdos de fijación de precios como 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 única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa. Y ello implica que puede sancionarse a la recurrente por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no haya participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de las conductas imputadas porque no consta que haya manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

Corresponde ahora analizar si es adecuado el periodo temporal imputado a la recurrente que tal, como recoge la resolución sancionadora, va desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011 y que la recurrente discute en su demanda. Esta Sala entiende que la fecha inicial esta correctamente fijada por cuanto ya en esa fecha -enero de 2005- consta en el expediente sancionador que la recurrente recibió de CALIPAL los cuadros conteniendo la información relativa al 4º trimestre de 2004 en los que se contenían datos de la producción de las empresas competidoras. No podemos, sin embargo, compartir la fecha final imputada -noviembre de 2011- porque no existe prueba de que los acuerdos colusorios imputados llegasen hasta esa fecha. Así, en relación con los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales existe en el expediente sancionador prueba de que, al menos, la última reunión de la que se tiene constancia tuvo lugar el 15 de septiembre de 2009 pero aunque no se tiene prueba de reuniones posteriores ello no significa que los participantes decidieran abandonar en esa fecha la continuación en el plan común; al contrario, tal como se recoge en sus conclusiones se mantiene la unidad de actuación para la consecución de un objetivo común al referir: *"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"*. De tal manera que, no es posible fijar en esa fecha el termino final de las conductas colusorias pues esta Sala, apoyándose en la Jurisprudencia del TJUE antes aludida, considera que, mientras no exista un apartamiento expreso y publico de los participantes, la conducta colusoria se mantiene y sigue produciendo efectos anticompetitivos. Y en este caso entendemos que las conductas anticompetitivas analizadas dejaron de realizarse no por decisión y voluntad de los propios participantes en ese plan común sino por lo acontecido en la reunión del Comité Directivo de EPAL celebrada el 24 de febrero de 2011 en Zúrich, a la que asistió el presidente de CALIPAL. En esa reunión los Directivos de EPAL pusieron de manifiesto su conocimiento de los encuentros celebrados entre los fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en España asociados a CALIPAL exigiendo al presidente la finalización del cartel de fijación de precios. Y podemos poner en esa fecha el límite temporal de la conducta imputada a la recurrente porque no consta en las actuaciones que con posterioridad y hasta noviembre de 2011- fecha imputada por la Administración- se hubieran mantenido los encuentros y las reuniones entre los empresarios competidores con el objetivo de seguir adoptando acuerdos colusorios de fijación de precios ni tampoco consta intercambio de información más allá del mes de octubre de 2008.

Por tanto, la infracción única y continuada, de carácter complejo, imputada a la recurrente debe abarcar el periodo de enero de 2005 a febrero de 2011, estimando en este aspecto la pretensión del recurrente.

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- 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.

FALLAMOS

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº **447/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y en representación de la entidad HEMASA SCL, 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 59.470,17 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 y se ordena a la CNMC a que fije de nuevo la cuantía de la multa teniendo en cuenta por una parte, el periodo temporal señalado en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, y por otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo recogida 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.