



Roj: **SAN 3079/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3079**

Id Cendoj: **28079230062020100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **420/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000420 /2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05635/2014

**Demandante:** TOLE CATALANA DOS S.L.U

**Procurador:** D.PABLO HORNEDO MUGUILO

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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a 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. **420/2014**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y en representación de la entidad **TOLE CATALANA DOS S.L.U**, contra la Resolución dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 188.023,96 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta noviembre de 2011. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el recurso deducido, anule la Resolución y se reconozca que la recurrente no ha cometido las infracciones que se le imputan por la CNMC.

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

**TERCERO.** - Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado o cual, quedaron as activaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 23 de septiembre del año en curso fecha en la que comenzó, finalizando el día 6 de octubre siguiente.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso, una sanción de multa de 188.023,96 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta noviembre de 2011.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 ", era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 1 del TFUE , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.*

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

*TOLE CATALANA DOS S.L.U. por su participación en la infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta noviembre de 2011.*

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

*TOLE CATALANA DOS S.L.U.: 188.023,96 euros.*

*(...)*

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

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

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

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

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

2. Con fecha 28 de septiembre de 2012, en virtud de la información reservada realizada, la DI acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC , incoar expediente sancionador NUM000 , por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 de la Ley 16/1989 , 1 de la LDC y 101 del TFUE , contra AGLOLAK, CUELLAR, A.T.M., BAMIPAL, CARPE, CARRETERO, CASTILLO, EBAKI, ECOLIGNOR, BLANCO, CASAJUANA, NOVALGOS, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, SAIZ, MARTORELL, PENEDES, TAMA, SAUHER, BOIX, RAMÍREZ, TOLE DOS y la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA, siendo notificado a las entidades incoadas ese mismo día (folios 5491 a 5520).



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

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

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

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

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

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

**SEGUNDO.** - En dicha resolución se reflejan como hechos probados, partiendo del pliego de concreción de hechos que fue notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Consejo con fecha 10 de agosto de 2012, y de la información que consta en el expediente, que en el caso de PALETS PENEDÉS S.L. la actividad de la empresa consiste en la reparación de palés de madera. En 2011 contaba con 18 empleados y facturó 2.787.171,90 €.

Tras describir a cada una de las entidades antes mencionadas, analiza también la resolución recurrida el mercado de producto relevante afectado en este expediente que es el de la fabricación y distribución de palés de madera, modelo europalé, con licencia de calidad controlada EUR/EPAL, otorgado por EPAL, Asociación europea sin ánimo de lucro que agrupa a fabricantes, comerciantes, reparadores, utilizadores de paletas EUR y materiales auxiliares de calidad controlada. Tiene por misión garantizar la calidad de la paleta EUR, así como la marca comercial y de calidad y fiabilidad EPAL. Para cumplir con esta finalidad, cuenta con unos Comités Nacionales en cada uno de los 18 países europeos miembros de esta Asociación.

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

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

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

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

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

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".

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

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

**TERCERO.** - En su demanda, la parte recurrente opone los siguientes motivos de impugnación:

1- La resolución recurrida es nula por haber sido dictada vulnerando el procedimiento legalmente establecido y las normas aplicables para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. En concreto, denuncia la falta del trámite de audiencia contemplado en el artículo 51.4 LDC y la inadmisión de plano de las peticiones de celebración de vista y la práctica de todas las pruebas solicitadas.

2- La resolución recurrida ha sido dictada en un procedimiento caducado.

3- Tole Catalana no ha cometido la infracción que se le imputa. La CNMC no ha valorado correctamente las pruebas aportadas y no concurren los requisitos legales para declarar la responsabilidad de Tole Catalana Dos.

4- La graduación de la infracción y la cuantificación de la sanción son incorrectas y carecen de motivación.

El Abogado del Estado se opone a la demanda e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la Resolución impugnada.

**CUARTO.** - Entrando en el examen de los motivos de impugnación invocados por la parte recurrente y comenzado por el que denuncia la vulneración del procedimiento legalmente establecido como consecuencia de no haberle sido dado el trámite de audiencia contemplado en el artículo 51.4 LDC, debemos remitirnos a lo resuelto por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en Sentencias de 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación 5614/2017 y 5340/2017, entre otras), dictadas en los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado frente a las dictadas por esta Sala (Sección Sexta) en las que admitíamos el referido motivo de impugnación opuesto por otras empresas sancionadas en el mismo procedimiento sancionador que la Tole Catalana Dos SLU.

Por lo que aquí interesa decía la referida Sentencia lo siguiente: "Es cierto que el primer apartado de la parte dispositiva de la resolución sancionadora, por su remisión a lo dispuesto en el fundamento jurídico quinto de la misma en (el que se afirma "el consejo considera acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE"), podría llevar a pensar que a todas las empresas implicadas se las considera responsables de una infracción continuada de naturaleza compleja. Infracción que, tal y como señala a continuación este mismo fundamento jurídico, estaría integrada por dos conductas diferentes: por un lado, un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera; por otro, por los intercambios de información comercial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación.

Ahora bien, las dudas que suscita esta remisión no permiten concluir, como hace el tribunal de instancia, que a todas las empresas se las hace responsables de una infracción de naturaleza compleja que comprendería su participación, activa o tolerada, en ambas conductas (fijación de precios e intercambio de información). Basta acudir al apartado segundo de la parte dispositiva de dicha disposición para despejar tales dudas. En este apartado segundo se concreta la infracción de la que deben responder cada una de las empresas implicadas y la conducta que les imputa individualmente, diferenciando claramente entre aquellas empresas a las que se las



sanciona por una infracción única y continuada de naturaleza compleja (en cuyo caso se las hace responsable tanto del intercambio de información como de la fijación de precios) y aquellas otras las que se les imputa una infracción única y continuada, pero no compleja, haciéndolas responsables tan solo de una sola conducta: el intercambio de información confidencial.

Por ello, atendiendo al tenor literal de la parte dispositiva de la resolución administrativa no es posible extraer la conclusión de que en este caso se sancionase a la empresa (...), por una infracción de naturaleza compleja y, por tanto, no puede entenderse que se produjo un cambio en la calificación jurídica respecto a la propuesta de resolución, que exigiese un nuevo trámite de audiencia.

La explicación de esta remisión es otra. La Comisión dictó una única resolución en la que se analizaban todos los hechos y la problemática planteada de forma conjunta, pero no todas las empresas tuvieron idéntica participación en los mismos. De modo que los razonamientos utilizados en dicha resolución tan solo resultan aplicables en relación con la participación que cada una de las empresas tuvo en los hechos e infracciones que finalmente y de forma individual se les imputó"

Por los mismos razonamientos jurídicos, el motivo de impugnación analizado ha de ser desestimado por cuánto que TOLE CATALANA DOS SLU fue sancionado únicamente por su participación en la infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta noviembre de 2011.

**QUINTO.** - Por lo que se refiere a la caducidad del procedimiento sancionador, aduce la recurrente que, de acuerdo con la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, las suspensiones del plazo para resolver el procedimiento sancionador de la CNMC no se tomarán en cuenta, a efectos del cómputo del plazo de caducidad, cuando la fecha de la suspensión fuese posterior a la fecha límite del plazo inicial de caducidad del procedimiento. A estos efectos cita las Sentencia del Tribunal Supremo dictada núm. 538/2018, de 3 de abril, así como las Sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 2015( rec. 256/2012, de 29 de abril de 2015 ( rec. 204/2012) y de 2 de noviembre de 2015 ( rec. 302/2013).

Así las cosas, expone que, en el caso examinado, el procedimiento fue incoado el 28 de septiembre de 2012 por lo que el plazo máximo inicial para su resolución era el 28 de marzo de 2014. Continúa señalando que el plazo fue suspendido el 20 de noviembre de 2012, reanudándose el 8 de febrero de 2013; que una segunda suspensión se produjo el 21 de febrero de 2013, reanudándose el 19 de abril de 2013; que el plazo fue suspendido por tercera vez el 27 de junio de 2014, reanudándose el 13 de agosto de 2014. Así las cosas, sostiene que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, únicamente pueden ser tomadas en cuenta las dos primeras suspensiones y que la tercera, acordada con posterioridad al 28 de marzo de 2014, no puede ser tenida en cuenta, por lo que en la fecha en que se le notificó la resolución recurrida- el 26 de septiembre de 2014, el expediente estaba caducado

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

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

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



Seguimos pensando que esa interpretación es la que mejor concilia la dificultad, de la que es consciente la Sala, de la CNMC para instruir y resolver el expediente en plazo y las garantías de los inspeccionados pero esa interpretación fue desautorizada expresamente por el Tribunal Supremo y a ella nos sujetamos. De acuerdo con esta doctrina, inicialmente establecida en la STS de 15 de junio de 2015 (RC 3454/2013 ) y reiterada en las posteriores Sentencias nº 1.988/2016, de 26 de julio de 2016, RC 3811/2015, nº 2.418/2016, de 11 de noviembre de 2016, RC 617/2016 y nº 2.517/2016, de 28 de noviembre de 2016, RC 699/2016 , resulta incorrecta la interpretación y aplicación que la Audiencia Nacional hizo -en los respectivos casos- de la mencionada STS de 15 de junio de 2015 y establece que el plazo de duración del procedimiento sancionador ( artículo 36.1 LDC ), globalmente considerado, no puede exceder de 18 meses, precisando que la duración total del procedimiento se calculará añadiendo al término final del plazo inicial los periodos de suspensión válidamente acordados, de manera que en conjunto el procedimiento no rebase los 18 meses. En caso contrario, se producirá la caducidad.

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

**SEXTO.** - Es conocida por reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual la denegación de prueba en el procedimiento administrativo no determina per se la nulidad de la resolución que finalmente se dicte, pues es preciso que dicha denegación haya generado una indefensión real y efectiva a la parte, ya que solo así se produce una lesión en el derecho de defensa y la quiebra de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015, recurso núm. 297/2013, declara lo siguiente:

*"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.*

*La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, ( STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009 ), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podrá ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002 ), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión. La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente ( STC 258/2007, de 18 de diciembre ), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".*

También la sentencia de 8 de Enero de 2012 (recurso 6469/2012) recuerda que "... según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, lo que difícilmente se produce por la propia existencia de este proceso contencioso administrativo en el que la parte ha podido esgrimir cuantas razones de fondo ha tenido por convenientes para combatir el acto impugnado (véase, por todas, la STC 35/1989)".

Tal y como se relata en la demanda, la denuncia de indefensión se vincula a que la Sala de Competencia del Consejo denegó la solicitud de prueba formulada por la recurrente en sus alegaciones a la propuesta de resolución, prueba consistente en la declaración testifical del responsable de AGLOKAL ( otra de las empresas sancionadas) y del abogado de EPAL, en relación con los contactos mantenidos por EPAL con dichas empresas para su entrada en la Junta Directiva de CALIPAL y la reestructuración de la misma.

Sin embargo, es evidente que la supuesta indefensión no se ha producido toda vez que la recurrente no ha concretado en que concretos aspectos, la denegación de las testificales solicitadas ha limitado o cercenado el contenido de sus alegaciones frente a la propuesta de resolución.

Otro tanto sucede con la denegación de la solicitud de celebración de vista oral. Sin desconocer la previsión del artículo 12 del Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los



procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y que se refiere a la necesidad de que la Comisión Europea garantice a las partes que así lo solicitaran a las que hubiere notificado un pliego de cargos " la oportunidad de exponer sus argumentos oralmente en una audiencia", la denegación de tal posibilidad no produce una vulneración automática del derecho a la defensa con trascendencia constitucional a los efectos del artículo 24, pues esa relevancia se condiciona a la causación de una indefensión real que no consta se produjera en el caso de autos, en el que la parte ha tenido oportunidad de hacer valer sus alegaciones frente a la propuesta de resolución.

En todo caso, conviene recordar que, conforme al artículo 51.3 de la Ley 15/2007, la celebración de vista tiene carácter potestativo para el Consejo como resulta de la redacción literal de dicho precepto ("A propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista").

Cuestión distinta es que la sancionada discrepe de las razones esgrimidas por la Comisión para rechazar sus objeciones.

**SÉPTIMO.** - La misma suerte desestimatoria ha de seguir el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del artículo 7 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC en los términos expuestos en el voto particular formulado por el consejero de la CNMC D. Ángel Daniel

Recordemos que el citado artículo establece lo siguiente: "1. La convocatoria para cada sesión será efectuada por la Secretaría del Consejo, por orden del presidente, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas sobre la hora prevista para el inicio de la sesión y con indicación del día y lugar de celebración, así como de los asuntos a tratar. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo"

Pues bien, recordemos la doctrina constitucional elaborada en torno a la trascendencia de los defectos formales exige la producción de una verdadera indefensión para que se dé lugar a la anulación del acto en el que se denuncia su incidencia. Así la sentencia 210/99 de su Sala Primera afirma que: "... la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986 , fundamento jurídico 2, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa ( SSTC 90/1988, fundamento jurídico 2 º y 26/1999 , fundamento jurídico 3º)...", lo que no acontece en el caso examinado, en el que la recurrente ha podido ejercer las acciones y efectuar las alegaciones que ha tenido por conveniente en defensa de sus intereses y prueba de ello es la interposición del presente recurso.

En el caso examinado, no concreta la parte recurrente que concreta merma de su derecho de defensa le ha producido la inobservancia del plazo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC por lo que esta Sala no aprecia, de acuerdo con la doctrina expuesta, vicio de forma que pudiera invalidar la Resolución recurrida y, por lo tanto, desde el punto de vista formal, la resolución es ajustada a Derecho.

**OCTAVO.**- Desestimados los motivos de impugnación de carácter formal, abordaremos el que sostiene que Tole Catalana no ha cometido la infracción que se le imputa; que la CNMC no ha valorado correctamente las pruebas aportadas y que no concurren los requisitos legales para declarar la responsabilidad de Tole Catalana Dos.

En el escrito de formalización de la demanda se expone que en el año 1997 TOLE CATALANA, S.A. (administradora única de TOLE CATALANA DOS) fue requerida por EPAL, junto con otras empresas del sector, para promover la creación de un Comité Nacional en España para las empresas homologadas para la producción de paletas intercambiables EUR/EPAL. Que, como consecuencia de ello, se fundó CALIPAL. Añade que, con posterioridad, y debido a las discrepancias de TOLE CATALANA con la Junta Directiva de CALIPAL (y, en particular, respecto de la actuación y modo de gestionar la misma de su presidente, D. Alonso ), en enero del año 2000 la citada sociedad solicitó su baja como miembro de dicha Asociación, como consta en el expediente (folio 3.709 del expediente). Explica que entre enero de 2000 y diciembre de 2008, TOLE CATALANA continuó actuando como fabricante licenciario de palés EUR/EPAL, haciendo uso de la alternativa consistente en ser miembro asociado directamente a EPAL (la organización europea), sin estar asociado a CALIPAL y que durante dicho periodo de tiempo (2000-2008), TOLE CATALANA continuó desempeñando normalmente su actividad de fabricación de palés EUR/EPAL pero sin mantener ningún tipo de contacto con CALIPAL, no participando en consecuencia en ninguna de las reuniones, asambleas o actuaciones de ningún tipo organizadas por dicha



asociación o entre sus asociados, como se desprende de su ausencia, durante dicho periodo, de las múltiples actas de reuniones contenidas en el expediente.

Precisa que el 23 de octubre de 2008, EPAL remitió a TOLE CATALANA DOS (que ya había asumido la actividad de fabricación de palés EUR/EPAL de su administradora única) una comunicación por la que se le informaba de la aprobación, a propuesta de CALIPAL, dicho por EPAL, de una nueva reglamentación de costes de calidad que sería aplicable a partir de enero de 2009 y en cuya virtud, el fabricante que estuviera directamente asociado a EPAL y no lo estuviera a su respectivo Comité Nacional (en el caso de España, CALIPAL) pasaría a pagar una cuota anual de 2.500 € (frente a los 1.200 € hasta entonces vigentes) y sufriría un incremento notable en los costes relativos a los controles de calidad (incremento cifrado en varios miles de euros anuales) y que, por ello y para evitar un incremento en costes, TOLE CATALANA DOS no tuvo más opción que incorporarse a CALIPAL en diciembre de 2008 para evitar el sobrecoste económico que le hubiera supuesto permanecer directamente asociado a EPAL.

No obstante, señala que, desde el ingreso de TOLE CATALANA DOS en CALIPAL en diciembre de 2008 hasta principios de 2011, su participación en la asociación fue prácticamente nula, acudiendo a tan solo dos reuniones propiciadas por ésta, a saber, a la reunión de fabricantes de 15 de septiembre de 2009 que tuvo lugar en el Hotel NH de Madrid y que fue convocada por la gerente de CALIPAL para tratar temas relacionados con la especial situación por la que atravesaba el sector como consecuencia de la tormenta Klaus, que a su paso por el sur de Francia había derribado entre 40 y 50 millones de árboles (el consumo maderero de la región equivalente a 5 o 6 años) y a la Asamblea General Ordinaria de CALIPAL, de 23 de febrero de 2010, manifestando que en ninguna de ellas se debatió ni acordó la fijación de precios u otras condiciones comerciales.

Añade que entre finales de 2010 y principios de 2011, TOLE CATALANA DOS fue contactada por EPAL a efectos de trasladarles las tensas relaciones surgidas entre dicha entidad y CALIPAL, en gran medida motivadas por el entonces presidente de esta última (D. Horacio ) y requerirles, para solventar dichas controversias, una mayor implicación directa de ambos en la gestión y organización interna de CALIPAL y que tanto TOLE CATALANA DOS como AGLOLAK aceptaron, por responsabilidad, la petición de EPAL de involucrarse en mayor medida en CALIPAL, asumiendo sendos cargos en su Junta Directiva.

Continúa exponiendo que con posterioridad se ha conocido que, por esa época, EPAL tuvo confirmación documental de las actas de las reuniones celebradas en el seno de CALIPAL entre los años 2005 y 2007, en las que constaba la adopción de acuerdos para la fijación de precios.

Ante dicha constatación documental de las reuniones aludidas, EPAL volvió a contactar con los representantes de AGLOLAK y de TOLE CATALANA DOS a fin de interesarse sobre el funcionamiento de CALIPAL e insistir en la necesidad de que impulsaran un cambio profundo en su estructura, sustituyendo a la mayor brevedad posible a todos los miembros de su Junta Directiva que aparecían en la documentación relativa a las reuniones de fijación de precios.

Y en relación con la prueba en la que la resolución recurrida fundamenta su participación en la infracción sancionada señala que, en contra de lo sostenido aquella, en el Encuentro de 15 de septiembre de 2009 no se acordó incrementar el precio mínimo del palé EUR/EPAL y se fijó su precio de referencia para la campaña de 2010" y niega que TOLE CATALANA DOS tuviera conocimiento de la existencia del cártel como consecuencia de la recepción del correo electrónico por el que recibió las conclusiones del citado Encuentro al que no había asistido y que, aun relativo a TOLE CATALANA DOS, se limita a recoger la preocupación de su representante por la situación derivada de los acontecimientos en el sur de Francia, y que, contrariamente a lo que indican la propuesta de resolución y la Resolución en este punto, no contienen o se refieren a acuerdo alguno relativo a la fijación de precios o condiciones de mercado, aunque reconoce que, sacado de contexto e interpretado de forma maliciosa, podría dar lugar a pensar que había cierta voluntad entre algunos miembros de CALIPAL de reeditar los acuerdos de fijación de precios que se celebraron entre 2005 y 2007, pero que en cualquier caso, no cabe deducir en modo alguno ni siquiera una mínima voluntad de la recurrente de llegar a ningún acuerdo anticompetitivo.

Por lo demás sostiene que no ha quedado acreditado que el cártel continuara hasta febrero de 2011 y, menos aún, que lo hiciera con el conocimiento y aquiescencia de TOLE CATALAN DOS y que como certificó el Abogado de EPAL, lo tratado en la reunión de 24 de febrero de 2011 se refería a las actas de las reuniones de 2005 y 2007, por lo que difícilmente puede entenderse que dicha reunión constituya una prueba de la continuidad del cártel hasta 2011 como ha sostenido la CNMC desde el inicio del expediente hasta la Resolución.

Y para terminar con este motivo de impugnación, se aduce en la demanda que la recurrente ha acreditado que aumentó sus precios de venta, sino que incluso los redujo atendiendo a la evolución del precio de la materia prima fundamental, la madera.



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

Pues bien, en el caso examinado, consta acreditado en autos que la recurrente participó en el encuentro de 20 de julio de 2020 en el que se acordó la celebración de una reunión a principios del año 2010 para fijar un precio de referencia para ofrecer a los clientes; recomendar acuerdos de respeto no solamente EUR/EPAL, sino en otros productos y promocionar dentro de la tónica que se pretende unidad de criterios comerciales por países.

Como se recoge en la resolución recurrida, en las anotaciones manuscritas realizadas por la Gerencia de CALIPAL y recabadas en la inspección realizada en la sede de la citada Asociación se detallan las intervenciones de los participantes en el citado encuentro, manifestándose de forma expresa la intención de celebrar una reunión, en el 1º trimestre de 2010 para acordar un precio de referencia para la campaña 2010 (folios 1008 a 1013 del expediente administrativo). En concreto, se recogen intervenciones de los participantes que ponen de manifiesto que "se da imagen mala si cada fabricante ofrece por el mismo producto distintos precios" o que "mi consejo es que mantengamos este grupo y estas reuniones, conseguimos en el pasado, llevar el precio de la paleta a un nivel aceptable. La próxima reunión deberíamos definir 1 precio de respeto los que estamos aquí".

No podemos, 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 término 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 público 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 la ahora recurrente. 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 septiembre de 2009 a febrero de 2011.



Por lo expuesto, podemos concluir que la prueba obrante en el expediente administrativo acredita que la ahora recurrente participó en la infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta febrero de 2011.

**DÉCIMO.** - Para terminar, opone la recurrente que la graduación de la infracción y la cuantificación de la sanción son incorrectas y carecen de motivación.

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

Procede entonces, como ha hecho esta Sala en otros pronunciamientos en que se ha aplicado la referida Comunicación, estimar parcialmente el recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta para que se determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo y precisando que la infracción imputada a la recurrente abarcó el periodo comprendido desde septiembre de 2009 a febrero de 2011.

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

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

## FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y en representación de la entidad **TOLE CATALANA SOS S.L.U**, contra la Resolución dictada en fecha 22 de septiembre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 188.023,96 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde septiembre de 2009 hasta febrero de 2011.

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

Sin hacer expresa imposición de costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 30/10/2020 doy fe.