



Roj: **SAN 3087/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3087**

Id Cendoj: **28079230062020100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/10/2020**

Nº de Recurso: **468/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000468 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06094/2014

Demandante: EBAKI XXI S.A.

Procurador: D^a MARÍA ÁNGELES GALDIZ DE LA PLAZA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a dieciseis de octubre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 468/14 promovido por la Procuradora D^a María Ángeles Galdiz de la Plaza, actuando en nombre y representación de **EBAKI XXI S.A.** contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 191.420,52 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"estime el recurso contencioso administrativo interpuesto, dictando en su día sentencia por la que se anule la resolución recurrida y en consecuencia la sanción de 191.420,52 euros, que deberá ser reintegrada a la empresa con los intereses correspondientes, por no haber incurrido mi representada en acción sancionable, con expresa condena en costas. 8

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso, una sanción de multa de 191.420,52 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008.

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

EBAKI XXI, S.A

(...).

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

EBAKI XXI, S.A: 191.420,52 Euros.

(...)

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

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

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



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

El mismo 26 de junio de 2012, la Dirección de Investigación notificó un requerimiento de información a diversas empresas, así como los días 3 de julio y 14 de septiembre de 2012.

2. Con fecha 28 de septiembre de 2012, en virtud de la información reservada realizada, la Dirección de Investigación acordó incoar expediente sancionador S/0428/12 Palés, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 de la Ley 16/1989, 1 de la LDC y 101 del TFUE, contra AGLOLAK, CUELLAR, A.T.M., BAMIPAL, CARPE, CARRETERO, CASTILLO, EBAKI, ECOLIGNOR, BLANCO, CASAJUANA, NOVALGOS, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, SAIZ, MARTORELL, PENEDES, TAMA, SAUHER, BOIX, RAMÍREZ, TOLE DOS y la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA.

3. Con fecha 4 de febrero de 2013, se acordó, la ampliación de la incoación contra las empresas GRUP JOAN MARTORELL, matriz de MARTORELL, S.A.; INVERSIONES GRUPO SAIZ, matriz de SAIZ; SONAE INDUSTRIA, matriz de CUELLAR; TOLE CATALANA, matriz de TOLE CATALANA DOS y UNCASHER, matriz de M.V.CASTILLO.

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

5. El día 31 de enero de 2014, la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción, siendo notificado a los interesados ese mismo día.

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

7. Con fecha 2 de julio de 2014, se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de que la remisión de información a la Comisión Europea había sido efectuada el 27 de junio de 2014, informando igualmente que había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003.

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

SEGUNDO.- En dicha resolución se hace constar que EBAKI XXI, S.A. es una empresa constituida con capital social repartido entre varios accionistas, siendo su máximo accionista la sociedad COMATOL, S.L., con un 28,33% de su capital social. Su objeto social es la fabricación y reparación de palés de madera, principalmente modelo EUR/EPAL. En 2010 contaba con 125 trabajadores y facturó 14.697.026 €. EBAKI tenía en 2005 el 5% de cuota de mercado de palés con certificado EUR/EPAL (con 101.552 palés) y el 2% en 2010 (con 52.775 palés). En los tres primeros trimestres de 2011 ha fabricado 64.161 unidades de palés de calidad controlada EUR/EPAL, un 2% del total.

Tras describir a cada una de las entidades intervinientes en las prácticas prohibidas, analiza también la resolución recurrida el mercado de producto relevante afectado en este expediente que es el de la fabricación y distribución de palés de madera, modelo 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.

La resolución recurrida concluye que:

"Las conductas objeto de sanción constituyen una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

La citada infracción única y continuada, de naturaleza compleja, está integrada por un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, existente desde noviembre de 2005 hasta noviembre de 2011, entre las empresas AGLOLAK, BOIX, CARPE, CARRETERO, CUELLAR, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, SAIZ, SAHUER, TAMA y TOLE DOS, todas ellas asociadas a CALIPAL, junto con la propia CALIPAL; y por intercambios de información confidencial, desagregada, relativa a las cifras de producción y/o reparación, entre al menos julio de 1998 a noviembre de 2011 en el mercado de palés con calidad controlada EUR/EPAL entre AGLOLAK, ALASEM (desde 2007 ESTYANT), A. T.M., BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, EBAKI, ECOLIGNOR, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAIZ, SAUHER, SCR y TAMA, junto con CALIPAL".

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

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

Y respecto de la concreta participación de tales hechos por las sociedades recurrentes, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

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

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente destaca que desde febrero de 2004 y hasta 2008 no asiste a las reuniones de CALIPAL. Que su actividad en lo relativo a la fabricación de palets era marginal y que los datos suministrados de volumen de fabricación sin comprender precios o cualquier otra característica carecían de valor comercial. Sostiene que resulta irrelevante conocer ese volumen de fabricación si se ignora los precios de coste, de venta, de transporte, costes de materias primas etc.

Denuncia finalmente la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

CUARTO.- En la demanda, la empresa recurrente denuncia su falta de participación en los intercambios de información argumentando que no asiste a las reuniones de CALIPAL entre 2004 y 2008 pero no niega los intercambios de información en los términos en que se relatan en la resolución recurrida.

Esta explica que:

A partir del año 2004 el envío de los informes y/o cuadros con las cifras de producción y/o reparación, y ocasionalmente de facturación, de palés EUR/EAPL se realizó trimestralmente, quedando acreditado el envío trimestral por parte de la Gerencia de CALIPAL de los siguientes Cuadros con las cifras mensuales o agrupadas trimestralmente de fabricación y reparación, y ocasionalmente de facturación, a los licenciatarios de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL:

1. Cuadro del 4º trimestre de 2004 remitido el 26 de enero de 2005 por la Gerente de CALIPAL a las empresas AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECHEVESTE, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, LAS VEGAS,



MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con las cifras de producción y/o reparación y facturación de pales EUR/EPAL de octubre a diciembre de 2004. 1 Cuadros de octubre, noviembre y diciembre de 2004, recabados en la inspección de TAMA (folios 780 a 782) y correo electrónico remitido el 26 de enero de 2005 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECHEVESTE, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, aportado por BAMIPAL (folios 8138 a 8141) y AGLOLAK (folios 8281 a 8284), en contestación a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Investigación

2. Cuadros del 1er trimestre de 2005, con las cifras de producción y/o reparación y facturación de pales EUR/EPAL de enero a marzo de 2005, remitido el 11 de abril de 2005 por la Gerente de CALIPAL a las empresas AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CORALI, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECHEVESTE, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA. Tablas de facturación de enero a junio de 2005, recabados en la inspección de la sede de BOIX (folio 6262) y correo electrónico remitido el 11 de abril de 2005 por la Gerente de CALIPAL a las empresas AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECHEVESTE, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, aportado por BAMIPAL (folios 8142 a 8145) y AGLOLAK (folio 8285) en contestación a los requerimientos de información realizados por esta Dirección de Investigación.

3. Cuadros del 2º trimestre de 2005, con las cifras de producción y/o reparación y facturación de pales EUR/EPAL de abril a junio de 2005, remitido el 19 de septiembre de 2005 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, M CORALI, Tablas de abril a junio de 2005, recabados en la inspección de TAMA (folios 776 a 778) y de enero a junio de 2005, recabados en la inspección de BOIX (folio 6262) y correo electrónico remitido el 19 de septiembre de 2005 por la Gerencia de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, M CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con asunto Facturación Segundo Trimestre, y documentación adjunta "SEGUNDO TRIMESTRE. 2005", aportado por AGLOLAK en contestación al requerimiento de información (folios 8287 y 8288).

4. Cuadro de 2005 remitido el 20 de octubre de 2005 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, M CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECO-GREEN, HEMASA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a septiembre de 2005134. Correo electrónico remitido el 20 de octubre de 2005 por la Gerencia de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, M CORALI, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECO-GREEN, HEMASA,IMNAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con asunto Facturación tercer trimestre acumulado, y documento adjunto "TERCER TRIMESTRE 2005 ACUMULADO.xls", aportado por AGLOLAK en contestación a requerimientos de información de la Dirección de Investigación (folios 8146, 8147, 8291 y 8292).

5. Cuadro de 2005 remitido el 12 de enero de 2006 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a diciembre de 2005135. 5 Correo electrónico remitido el 12 de enero de 2006 por la Gerencia de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con asunto Fabricación cuarto trimestre, y documento adjunto "CUARTO TRIMESTRE 2005 ACUMULADO.xls", recabado en la inspección de TAMA (folios 6296 y 9297) y aportado por AGLOLAK en contestación al requerimiento de información (folios 8293 y 8294).

6. Cuadro del 1er trimestre de 2006 remitido el 11 de abril de 2006 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a marzo de 2006. 6 Correo electrónico remitido el 11 de abril de 2006 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS,



MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con asunto Producción Primer Trimestre, aportado por BAMIPAL (folios 8148 a 8150) y AGLOLAK (folios 8295 a 8297) en contestación a los requerimientos de información de la Dirección de Investigación.

7. Cuadro de 2006 remitido el 17 de julio de 2006 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a junio de 2006. Correo electrónico remitido el 17 de julio de 2006 por la Gerencia de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, TAMA y URBIZU, con asunto Fabricación /Reparación - 2º Trimestres, y documento adjunto "SEGUNDO TRIMESTRE 2006.xls", aportado por AGLOLAK en contestación al requerimiento de información (folios 8298 a 8300).

8. Cuadro de 2006 remitido el 11 de octubre de 2006 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a septiembre de 2006. Correo electrónico remitido el 11 de octubre de 2006 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, aportado por BAMIPAL (folios 8151 a 8153) y AGLOLAK (folios 8301 a 8303), en contestación a los requerimientos de información

9. Cuadro de 2006 remitido el 12 de enero de 2007 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a diciembre de 2006. 9 Correo electrónico remitido el 12 de enero de 2007 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI y TAMA, aportado por BAMIPAL (folios 8154 a 8156) y AGLOLAK (folios 8304 a 8306), en contestación a los requerimientos de información.

10. Cuadro del 1º trimestre de 2007 remitido el 10 de mayo de 2007 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a marzo de 2007. Correo electrónico remitido el 10 de mayo de 2007 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, aportado por AGLOLAK en contestación al requerimiento de información (folios 8307 y 8308).

11. Cuadro de 2007 remitido el 25 de julio de 2007 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a junio de 2007. Correo electrónico remitido el 25 de julio de 2007 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER y TAMA y URBIZU, aportado por BAMIPAL (folios 8157 a 8159) y AGLOLAK (folios 8313 a 8315) en contestación a los requerimientos de información de la Dirección de Investigación.

12. Cuadro de 2007 remitido el 10 de octubre de 2007 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a junio de 2007. Correo electrónico remitido el 10 de octubre de 2007 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, ALASEM, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE,



CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con asunto Fabricación 3T 2007, y documento adjunto "TERCER TRIMESTRE 2007.xls", aportado por AGLOLAK en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folios 8313 a 8315).

13. Cuadro de 2007 remitido el 10 de enero de 2008 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUOFAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a diciembre de 2007 143. Correo electrónico remitido el 10 de enero de 2008 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER TAMA y URBIZU, con asunto Producción 4T 2007, y documento adjunto "CUARTO TRIMESTRE 2007.xls", recabado en la inspección de SAIZ (folios 6020 a 6022) y aportado por BAMIPAL en contestación al requerimiento de información (folios 8160 a 8162).

14. Cuadro del 1º trimestre de 2008 remitido el 24 de abril de 2008 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, IROPALET LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a marzo de 2008 144. Correo electrónico remitido por la Gerente de CALIPAL el 24 de abril de 2008 a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, BOIX, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, IROPALET LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con asunto Producción 1T 2007, recabado en la inspección de SAIZ (folios 6023 a 6025).

15. Cuadro de 2008 remitido el 22 de julio de 2008 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, IROPALET, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a junio de 2008 145. Correo electrónico remitido el 24 de abril de 2008 por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, IROPALET, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, recabado en la inspección de SAIZ (folios 6037 a 6039).

16. Cuadro de 2008 remitido el 22 de octubre de 2008 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, HISPANIA, BLANCO, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL de enero a septiembre de 2008. Correo electrónico remitido el 22 de octubre de 2008 por CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M., BAMIPAL, BEA, BLANCO, CARPE, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, COINALDE, CUELLAR, DUO-FAST, EBAKI, ECOLIGNOR, ECO-GREEN, ESTYANT, HEMASA, IMNAVA, INDEPAL, LAS VEGAS, MARTORELL, NOVALGOS, PENEDES, SAHUER, SAIZ, SCR, STORTI, SULLER, TAMA y URBIZU, recabado en la inspección de SAIZ (folios 6040 a 6042).

Como decimos, EBAKI XXI SA no niega la recepción de esta información. A partir de ahí, es necesario verificar la naturaleza de esa información y si constituye una práctica colusoria.

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

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

"72. Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto. Al evaluar si un intercambio de información constituye una restricción



de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión (1). Para ello tendrá en cuenta si el intercambio de información, por su propia naturaleza, puede dar lugar a una restricción de la competencia (2). 73. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio (3). La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales. 74. Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1 (4) (5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo."

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

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

Ello pone de manifiesto, en primer lugar, que la información era de interés para las empresas y aun cuando EBAKI no asistió a dicha reunión, no manifestó en ningún momento su rechazo a la recepción de esa información y la siguió recibiendo durante varios años.

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

En el presente caso, la información intercambiada se refería a datos de producción y/o reparación de palés de las empresas competidores, de la que se puede deducir, por ejemplo, las cantidades producidas y reparadas, los volúmenes de negocio y capacidades de las empresas, así como sus cuotas de mercado. Tales datos tienen carácter estratégico y además, la información intercambiada se refería a datos desagregados (apartado 89 de las Directrices), de carácter reciente por cuanto se correspondían a datos a mes vencido hasta 2004 y a partir de dicho año con periodicidad trimestral, sin que en ningún caso pueda considerarse que dicha información pudiera ser histórica (apartados 89, 90 y 91 de las Directrices), y además se trataba de información confidencial (apartado 92 de las Directrices). La concurrencia de todas estas características, hacen que la información intercambiada deba tener la consideración de sensible para la competencia.

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

EBAKI destaca que su facturación en palés era del 5% del total de la empresa porque se trata de un producto no rentable que producía únicamente para mantener el empleo de la empresa.



Sin embargo, para esta Sala, esa circunstancia no elimina el carácter ilícito de la conducta pues, ha de insistirse, se trata de información estratégica que permitía reducir la incertidumbre de las empresas fabricantes de palés con calidad EUR/EPAL porque las permitía conocer durante un largo periodo de tiempo las cifras de producción o reparación del citado producto de las restantes empresas y adaptar su conducta a esos datos.

El que EBAKI mantuviera una cuota de mercado pequeña de fabricación de este tipo de palés debe tener relevancia a efectos del cálculo de la sanción pero no excluye la antijuridicidad de la conducta pues de la misma manera que insiste en la demanda en que desde febrero de 2004 no asistió a reuniones y que el Presidente de CALIPAL en el encuentro de 19 de noviembre de 2017 admitió que EBAKI estaba fuera del acuerdo de precios y condiciones comerciales, según refleja el *Acta del Encuentro de Fabricantes de Calidad Controlada de 19 de noviembre de 2007, remitida por la Comisión Europea (folios 272 a 275); recabada en la inspección de TAMA (folios 6450 a 6454) y aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folios 4200 a 4204)*, pudo rechazar la recepción de una información que por su carácter estratégico constituía una práctica colusoria con el fin de desvirtuar la presunción de que al recibir tal información había adaptado su conducta al mercado.

Por lo tanto, entendemos acreditada la comisión de la infracción de intercambio de información por parte de EBAKI.

QUINTO.- Finalmente, en cuanto a la sanción se alega su desproporción.

La resolución explica que la sanción se ha fijado atendiendo al volumen de negocios total de la empresa en 2013, que fue de 19.903.909,00 y al haberse impuesto sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNMC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación de la sanción a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, reiterados, entre otras, en la sentencia de 30 de septiembre de 2015 rec. 496/2013 y, sin que, en ningún caso, pueda resultar un importe superior al de la multa (191.420,52 euros) que ahora se anula.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución recurrida.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer las costas a ninguna de las partes, dada la estimación parcial del recurso.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la Procuradora D^a María Ángeles Galdiz de la Plaza, actuando en nombre y representación de **EBAKI XXI S.A.** contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en el expediente S/0428/12- Palés, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 191.420,52 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta octubre de 2008, resolución que anulamos en los términos expresados en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia

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.