



Roj: **SAN 3110/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3110**

Id Cendoj: **28079230062020100293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **469/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000469 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06096/2014

Demandante: ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.

Procurador: D.JUAN CARLOS ESTÉVEZ FERNÁNDEZ NOVOA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 veintidos de octubre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 469/14 promovido por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa en nombre y representación de **ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.**, contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 144.567,50 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. 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 se dicte



sentencia por la que declare que "... declare nula totalmente la Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014; o, subsidiariamente, ..., anule parcialmente la Resolución de 22 de septiembre de 2014, anulando o, en su caso, reduciendo la multa impuesta y calculando una nueva multa...".

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.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 19 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

CUARTO.- 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 que obran en autos, se señaló la audiencia del día 12 de julio de 2017 para la deliberación del asunto, en que tuvo lugar.

QUINTO.- Con fecha 21 de julio de 2017 esta Sección dictó sentencia por la cual se anulaba la resolución recurrida. Contra la misma interpuso el Abogado del Estado recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2018 por la cual anulaba y dejaba sin efecto la recurrida, acordando en su parte dispositiva (apartado 2) "... Devolver las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retracción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo según proceda, sin que la sentencia que dicte pueda declarar la existencia de indefensión por inobservancia del trámite previsto en el artículo 51.4 de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al haber quedado ya resuelta esta cuestión en el presente recurso de casación".

SEXTO.- Recibidas los autos del Tribunal Supremo, y en ejecución de lo resuelto por este, se fijó nuevamente el señalamiento para deliberación y fallo la audiencia del 16 de septiembre de 2020, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna en este proceso la mercantil ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., la resolución dictada con fecha 22 de septiembre de 2014 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0428/12 "PALÉS", cuya parte dispositiva 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:

ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.

(...)

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

ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., 144.567,50 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."

Tal y como resumíamos en la sentencia de 12 de julio de 2017, recaída en estos mismos autos, los antecedentes que precedieron al dictado de la resolución recurrida eran, en síntesis, 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 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, 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, y dictó la resolución recurrida.

8.- El 12 de julio de 2017 esta Sección dictó sentencia por la cual anulaba la resolución recurrida. Contra la misma interpuso el Abogado del Estado recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2018 que anulaba y dejaba sin efecto la recurrida, acordando en su parte dispositiva (apartado 2) "... Devolver las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retracción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo según proceda, sin que la sentencia que dicte pueda declarar la existencia de indefensión por inobservancia del trámite previsto en el artículo 51.4 de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , al haber quedado ya resuelta esta cuestión en el presente recurso de casación".

9.- En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Supremo, se señaló nuevamente para deliberación y fallo del asunto la audiencia del día 9 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de la demanda denuncia la caducidad del expediente sancionador por el transcurso del plazo máximo establecido para tramitarlo y resolverlo conforme a lo dispuesto en los artículos 36.1 y 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Argumento que apoya la recurrente, no en la determinación de las fechas de inicio del expediente y de notificación de la resolución sancionadora, permitiendo con ello comprobar si en efecto se excedió aquel plazo, sino en las consideraciones vertidas por uno de los Consejeros de la CNMC en el voto particular formulado a la resolución mayoritariamente adoptada.

También con arreglo a lo expuesto en dicho voto particular denuncia la falta de motivación suficiente de la resolución, remitiéndose a los argumentos expuestos al respecto por el Consejero discrepante. Falta de motivación que arrastraría, a su juicio la nulidad de la resolución sancionadora conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No podemos compartir, sin embargo, esta causa de impugnación que, por mera referencia a lo argumentado en el voto particular, resulta insuficientemente sustentada. Debiera la parte, al menos, haber justificado de algún modo su alegación, especialmente cuando es lo cierto que el voto particular al que se hace referencia contiene una sucesión de fechas y de actuaciones de las que deduce la consecuencia de la caducidad sin un hilo argumental, y sin que la entidad actora, sobre quien pesa la carga de hacerlo, haya realizado esfuerzo alguno para explicarlo o aclararlo.



Otro tanto debe decirse respecto de la falta de motivación. Anticipa la Sala que la resolución recurrida está, a su juicio, suficientemente motivada, como se razona en los fundamentos siguientes.

Y sin que, por todo ello, pueda afirmarse que se incurra en la pretendida causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 pues no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que afirma la recurrente también sin base alguna.

TERCERO.- Como sintetiza la propia entidad recurrente al comienzo de su demanda, los motivos en los que esta se sustenta son los siguientes:

- Infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución por el cambio de calificación jurídica sin otorgar trámite de audiencia.
- Discriminación de ASERRADEROS DE CUÉLLAR en el cálculo de la multa y ausencia de motivación de dicho cálculo.
- Actuación en vía de hecho sin respetar las normas de procedimiento desde la CNMC en perjuicio de los administrados.
- Infracción del principio de legalidad y de la Ley 15/2007.
- Infracción del principio de irretroactividad en el cálculo de la sanción.
- Infracción del principio de proporcionalidad en el cálculo de la sanción.

Ha de anticiparse que el primero de los motivos, sobre vulneración del derecho de defensa por el cambio de calificación jurídica sin otorgar trámite de audiencia, que justificó que esta Sala estimase el recurso en su sentencia de 21 de julio de 2017, fue posteriormente rechazado en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018. Por tanto, queda fuera del debate en este proceso.

Por otra parte, razones de sistemática procesal requieren que los motivos que se relacionan con el cálculo y determinación de la sanción sean analizados conjuntamente por las razones que veremos después.

En consecuencia, procede abordar en primer lugar el argumento que denuncia que se ha incurrido en una "Actuación en vía de hecho sin respetar las normas de procedimiento desde la CNMC en perjuicio de los administrados", y que la entidad recurrente justifica en el hecho de que uno de los Vocales no dispuso del preceptivo plazo de tres días para preparar su voto particular discrepante, lo que denunció el mismo Vocal al formular dicho voto.

No vemos, sin embargo, que tal circunstancia, de ser cierta, tenga la pretendida eficacia anulatoria, pues ni siquiera se razona en la demanda cual pudiera ser la relación existente entre el incumplimiento del referido plazo y la concreta afectación de los derechos de ASERRADEROS DE CUÉLLAR por no haberse cumplido.

Ello es tan obvio que no merece mayor argumentación.

Considera también la sociedad actora que se ha producido una infracción del principio de legalidad y de la Ley 15/2007, formulación general que ampararía la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 29 de enero de 2015, y otras posteriores, que declaran la ilegalidad de la denominada Comunicación de Multas, aplicada por la CNMC para el cálculo de la multa; y, por otro lado, la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE al haberse considerado como conducta constitutiva de una infracción de cártel el intercambio de información atribuido, entre otras empresas, a la aquí recurrente, cuando dicho intercambio tendría el carácter de mera recomendación colectiva, no podría constituir una infracción por objeto ni producir efectos anticompetitivos en el mercado.

Puesto que la vulneración de la doctrina citada del Tribunal Supremo afecta al cálculo de la multa, cuestión que trataremos después, es preciso examinar a continuación el resto de los argumentos que reconducen el análisis a la valoración de la conducta de ASERRADEROS DE CUÉLLAR y a su alcance a los efectos de determinar si es o no constitutiva de la infracción sancionada.

CUARTO.- La resolución recurrida sanciona a ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., "*... 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 pales de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta julio de 2009*".

Las conductas atribuidas a la actora son en realidad dos, los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, por un lado, y, por otro, el intercambio de información comercial sensible.



No obstante, en su demanda dedica la práctica totalidad de los argumentos de fondo a combatir la existencia y la relevancia de los efectos anticompetitivos de esta última, limitándose a señalar, con carácter general, que "la resolución trata como un cártel lo que no son sino recomendaciones colectivas.

Existe, sin embargo, en el expediente administrativo una prueba suficiente, a juicio de la Sala, de la comisión por la actora de una infracción del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE por haber adoptado acuerdos anticompetitivos sobre precios y condiciones comerciales.

Así, la resolución atribuye a ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A., en efecto, la comisión de una infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y en el intercambio de información sobre cifras de producción y/o reparación de palés EUR/EPAL desde enero de 2005 hasta julio de 2009. Conducta que califica de cártel, tipificada en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Refleja 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 *"CUELLAR es una sociedad anónima constituida en 1988, perteneciente desde 1993 al grupo empresarial portugués cuya empresa matriz es SONAE, a través de la sociedad interpuesta "AGLOMA INVESTIMENTOS, SGPS., S.A." (AGLOMA), que tiene la totalidad de las acciones de CUELLAR. El grupo portugués cuya empresa matriz es SONAE, y en el que se integra CUELLAR, es un conglomerado cuyas acciones se encuentran admitidas a negociación en el índice Euronext Lisbon, detentando EFANOR INVESTIMENTOS, SGPS, S.A. las acciones representativas del 51,43% del capital social, así como los correspondientes derechos de voto, perteneciendo el resto del capital social a accionistas particulares. El objeto social de CUELLAR viene definido en el artículo 2 de sus Estatutos sociales que incluye "la producción y comercialización de todo tipo de embalajes de madera y/o elementos de transporte, almacenamiento o recepción de mercancías, derivados de la madera". En concreto, CUELLAR fabrica pales de madera y específicamente palés con calidad controlada EUR/EPAL, variando los tipos y medidas en función de la solicitud de sus clientes. Entre los años 2005 y 2012 han fabricado hasta 475 tipos de palés de madera. En 2010 contaba con 50 empleados y facturó 7.450.489€. La cuota de mercado de CUELLAR entre 2005 y 2010 en el mercado de palés de madera EUR/EPAL ha oscilado entre el 1 y el 3%, fabricando al año entre 30.000 y 80.000 unidades de palés certificados EUR/EPAL. CUELLAR fabricó en los tres primeros trimestres de 2011 el 1,98% (58.664 unidades) del total de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL"*.

Tras describir cada una de las entidades intervinientes en las prácticas prohibidas, analiza 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.

Así, pone de manifiesto que 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.

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

Además, como muchas de la 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 la sociedad recurrente, la CNMC considera finalmente acreditada 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 relativo a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta julio de 2009".

Las pruebas de los acuerdos ilícitos estarían constituidas por las reuniones de los denominados Encuentros de fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL de fechas 15 de diciembre de 2005, 27 de marzo y 13 de diciembre de 2006, 4 de julio y 19 de noviembre de 2007, 7 de julio y 11 de noviembre de 2008 y de 20 de julio y 15 de septiembre de 2009, señalando la resolución que se celebraban al menos uno de estos encuentros al final de cada año para establecer dichos precios y condiciones comerciales para la campaña del ejercicio siguiente. La resolución también especifica, para cada una de dichas reuniones, las pruebas documentales que la acreditan. Así, en cuanto a la de 15 de diciembre de 2005, se remite a la Convocatoria del I Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés con calidad controlada de 15 de diciembre de 2005, recabada en la inspección de TAMA (folio 783). 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).

Respecto de las de 27 de marzo y 13 de diciembre de 2006, estarían documentadas en las Actas del II y III Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés con calidad controlada de 27 de marzo y 13 de diciembre de 2006, remitidas por la Comisión Europea (folios 260 a 269) y aportadas por ESTYANT en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Investigación (folios 4188 a 4192 y 4194 a 4197). En el citado II Encuentro Sur-Europeo de Fabricantes de Palés con calidad, celebrado en Oporto el 27 de marzo de 2006, consta en las anotaciones manuscritas 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"*.

En cuanto al III Encuentro Sur-Europeo de Fabricantes de Palés de Madera de Calidad Controlada, se decidió en la III reunión del Grupo de Trabajo para la Actividad Comercial que tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006. Dicho Encuentro se celebró, como señalábamos, el 13 de diciembre de 2006 y los asistentes concluyeron 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, señalaban que *"el precio del producto final debe sufrir un incremento"* y además *"estamos en un momento en el que el mercado puede aceptar una subida"*.

Por lo que se refiere a las reuniones de 4 de julio y 19 de noviembre de 2007, la resolución se remite a las Conclusiones del Encuentro de Fabricantes de palés de calidad controlada de 4 de julio de 2007, enviadas por la Comisión Europea (folios 270 a 271) y aportado por ESTYANT en contestación al requerimiento de información (folios 4198 y 4199), así como al acta del Encuentro de Fabricantes de Calidad Controlada celebrado el 19 de noviembre de 2007, remitida por la Comisión Europea (folios 272 a 275), recabada en la inspección de TAMA (folios 6450 a 6454) y aportada por ESTYANT en contestación al requerimiento de información (folios 4200 a 4204).

Pues bien, en la reunión celebrada el 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. Mientras que en el siguiente encuentro de fabricantes, celebrado el 19 de noviembre de 2007, 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).

Las reuniones de 7 de julio y 11 de noviembre de 2008 estarían acreditadas con el orden del día del Encuentro de fabricantes de palés de calidad controlada celebrado de 7 de julio de 2008, recabado en la inspección de MARTORELL (folio 378) y nota de gastos de la citada reunión recabada en la inspección de CALIPAL (folios 970 y 971), así como con el acta del Encuentro de Fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL celebrado el 11 de diciembre de 2008, remitida por la Gerente de CALIPAL al Presidente de CALIPAL el 18 de noviembre de 2008, recabada en la inspección de TAMA (folio 6476 a 6480).

Respecto de dichas reuniones consta que, en la de 11 de noviembre de 2008, se puso de manifiesto que *"la realidad es que sobra gente en el mercado"* y el presidente de CALIPAL dijo que se *"insiste en la bondad de la alineación"*.

Y las reuniones de 20 de julio y 15 de septiembre de 2009 resultarían del Correo electrónico remitido por la Gerente de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, A.T.M.,BAMIPAL, BLANCO, BOIX, CARRETERO, CASAJUANA, CASTILLO, CATALANA, CUELLAR, EBAKI, ESTYANT, HEMASA,IMANAVA, INDEPAL, MARTORELL, NOVALGOS, SAIZ, SAUHER, SULLER, TAMA, TAMA y TOLE CATALANA el 20 de julio de 2009, recabado en la inspección de TAMA (folio 555) y correo electrónico remitido por la Gerencia de CALIPAL a AGLOLAK, AGUILAR, BOIX, CARRETERO, CUELLAR, EBAKI, ESTYANT, HEMASA, INDEPAL, MARTORELL, SAINZ, SCR y TOLE CATALANA el 1 de septiembre de 2009, recabado en la inspección de TAMA (folio 6501).

En cuanto a lo tratado en dichas reuniones, en la primera de ellas 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"*.

Y en la de 15 de septiembre de 2009 se concluyó 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"*.

También hay constancia de la creación por las empresas partícipes de mecanismos de sanción a imponer en casos de incumplimiento de los acuerdos, como se reflejaría en el Acta de la Reunión del Comité Directivo de EPAL de 24 de febrero de 2011 en Zurich (Suiza), recabada en la inspección de MARTORELL (folios 407 y 408). Fue precisamente en esa reunión donde 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, advirtiéndoles que esos encuentros suponían un cártel de fijación de precios por lo que exigió al presidente de CALIPAL que se pusiera fin a los mismos.

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.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria 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)".*

Situación esta que se produce 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, por lo que se benefició del sistema de pactos y acuerdos.

Así, entre otras, su participación estaría probada 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"*.

También en el II Encuentro Sur-Europeo de fabricantes de palés de madera de calidad controlada celebrado en Oporto el 27 de marzo de 2006, y en el que hay constancia de haberse dicho que *"...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"*.

Intervino asimismo en el V Encuentro de fabricantes que se celebró el 19 de noviembre de 2007. En esta reunión 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. Y en el Encuentro de fabricantes celebrado el 11 de noviembre de 2008, donde se dijo que *"la realidad es que sobra gente en el mercado"*, insistiendo el presidente de CALIPAL *"en la bondad de la alineación"*.

Se acredita documentalmente su intervención en el Encuentro de fabricantes celebrado el 20 de julio de 2009 en el que ASEERADEROS DE CUÉLLAR participó igualmente, y entonces se consideró que era necesario continuar con ese grupo de fabricantes para trabajar unidos, buscando soluciones comunes e intentando que se adhiriesen al mismo el máximo número posible de fabricantes. En esa reunión 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"*.

Y puede citarse además el Encuentro de fabricantes celebrado el 15 de septiembre de 2009, en el cual se advirtió de la conveniencia de celebrar 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 con el fin de posicionarse en el mercado ya que, se dijo, *"se da mala imagen si cada fabricante ofrece el mismo producto a precios distintos" y 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 su Junta Directiva 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 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"*.

Prueba toda ella concluyente que demostraría la participación de la actora en el cártel de fijación de precios.

QUINTO.- En cuanto a la conducta consistente en el intercambio de información, sostiene la recurrente que su intervención habría consistido únicamente en la recepción trimestral de unos cuadros con los datos de producción de los demás miembros de CALIPAL que eran enviados por esta.

Advierte que la decisión de enviar dichos cuadros con datos de producción desagregados fue iniciativa propia y exclusiva de CALIPAL, por lo que ASERRADEROS carecería de cualquier responsabilidad.

Recuerda la obligación que pesaba sobre la empresa de proporcionar las cifras de producción a CALIPAL como licenciataria de la marca EPAL, destacando que ASERRADEROS DE CUÉLLAR no tenía participación, ni capacidad de decisión alguna, en el tratamiento y destino de la información.

Además, y en cuanto al carácter de la misma, considera que la información relativa a los datos de producción no es una información sensible a efectos de competencia teniendo en cuenta el mercado relevante y las condiciones de competencia en el mercado afectado.

Y concluye que, en todo caso, los antecedentes confirmarían que no puede considerarse el intercambio de información solo de datos de producción como una restricción por objeto, sin que se hubieran producido efectos anticompetitivos en el mercado.

De todo ello se desprende que la entidad demandante no cuestiona en rigor la recepción de la información, sino su responsabilidad en la infracción por las razones expuestas.

En todo caso, en la resolución aparece probado el intercambio de información al justificarse documentalmente el envío de los 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 enviados.

Así, consta que el cuadro del 4º trimestre de 2004 fue remitido el 26 de enero de 2005 por la Gerente de CALIPAL a, entre otras empresas, ASERRADEROS DE CUÉLLAR, con las cifras de producción y/o reparación y facturación de palés EUR/EPAL de octubre a diciembre de 2004, cuadros que fueron intervenidos en la inspección de TAMA (folios 780 a 782) y resulta su envío del referido 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. Correo que fue portado 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.

También hay constancia de la remisión a ASERRADEROS de los cuadros del 1º y 2º trimestre de 2005, con las cifras de producción y/o reparación y facturación de palés EUR/EPAL de enero a marzo de 2005 y de abril a junio del mismo año, enviados el 11 de abril y el 19 de septiembre de 2005, respectivamente, por la gerencia de CALIPAL.

La remisión de tales cuadros con las cifras de fabricación y/o reparación de palés EUR/EPAL se repitió posteriormente, constando -se indican de manera expresa los correos electrónicos y los folios del expediente a los que obran estos- los envíos de 2006, 2007 y 2008. También hay referencia en la resolución al sistema de intercambio de la información a partir del cuarto trimestre de 2009, prolongado has 2011, con mención a los documentos que lo acredita y su constancia en el expediente, si bien la imputación a MARTORELL solo se extiende hasta octubre de 2008.



En cualquier caso, es oportuno insistir en que la entidad actora no niega la recepción de la información contenida en dichos cuadros.

Por otra parte, una valoración racional de la prueba acumulada sobre los intercambios de información lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que dichos intercambios versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud *per se* para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia; con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter estratégico de los datos intercambiados resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre las cifras de facturación, acompañadas de las de producción de las distintas empresas participantes.

Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia.

Entendemos que el carácter de la información intercambiada se ajusta, por otra parte, a las previsiones de la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE. En ella se indica que hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles.

Destacamos los siguientes epígrafes que determinan cuales son las características que debe reunir un intercambio de información entre empresas competidoras para que pueda calificarse como de conducta colusoria. Las características que deberá reunir la citada información son:

1. Información estratégica:

(61): " El intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir".

(58): " El intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".

(86): " El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. 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".

2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura:

(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".

(90): "No es probable que el intercambio de datos históricos de lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".

3. Información desagregada:



(74): "Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

(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".

4. Frecuencia del intercambio de información:

(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".

5. Información de datos públicos o privados:

(92): "Por lo general, no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente pública es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente".

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, ECLI: EU:C:2009:343, T-Mobile Netherlands y otros) en la que resolvió que el tenor literal del artículo 101 TFUE no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores, y concluyó que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes.

En el mismo sentido, en la sentencia de 19 de marzo de 2015 (C-286/13:C:2015:184, Dole Food y Dole Germany/Comisión, párrafo 119 y 120) declaró que "todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común", para a continuación indicar que, "si bien (...) esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado".

Recordemos que, como también ha afirmado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 31 de marzo de 1993 Ahistrom Osekaye y otros, en los asuntos acumulados C-89-85, C-104-85, C114-85, C-116-85, C117-85 y C-125, y en Sentencias de 27 de octubre de 1984, Fiatagri y New Holland Ford/Comisión, todo operador económico debe determinar autónomamente su política y condiciones comerciales.

Coincidimos entonces con la resolución recurrida en que la finalidad del intercambio era la de proporcionar conocimiento preciso de los precios de palés y de reparación de los mismos, de las cuotas de mercado de las empresas competidoras fabricantes y/o reparadoras de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL y de como evolucionaban sus cifras de producción mensual, trimestral y anual, al intercambiarse información desagregada de sus datos de producción y facturación realizados mensual, trimestral o anualmente entre la práctica totalidad de los fabricantes y/o reparadores de palés, a través de CALIPAL.

Asimismo, en que, tal como ha quedado acreditado, y en atención a la periodicidad del intercambio y del propio contenido de los datos intercambiados relativos a la cifras desagregadas y mensuales de producción, es indudable que esos intercambios tenían aptitud para restringir la competencia, teniendo en cuenta, además, las características del mercado en que se produjeron, por cuanto las empresas ostentaban prácticamente el 100% de la cuota de mercado.

Todo ello hace decaer, entonces, la alegación formulada por la demandante de que debería haberse acreditado la producción de efectos restrictivos de la competencia en el mercado.



En su defensa, alega ASERRADEROS que la 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 si mismas el intercambio de información.

Es incontrovertido 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, resulta igualmente incuestionable 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 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, 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. Distribución de información que en modo alguno resultaba de los contratos de licencia.

Frente a la alegación de la recurrente según la cual no se le puede imputar esa conducta ya que fue CALIPAL quien, de forma exclusiva, adoptó la decisión de remitir dichos cuadros, ha de decirse que no afecta a la determinación de la participación examinada quien fue el que tomó la decisión de enviarlos a las empresas integradas en CALIPAL, pues lo cierto es que en ningún momento consta que la recurrente rechazara de forma expresa y publica la recepción de aquellos datos lo que permite, al menos, presumir que aceptó la información recibida y que, en consecuencia, pudo adaptar su conducta en el mercado a la vista de los datos de producción y/o reparación de los palés de las empresas competidoras.

Además, debemos destacar de modo especial que la remisión de información por parte de CALIPAL no se realizó únicamente por su iniciativa, ya que consta como las empresas asociadas 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).

Y en cuanto a que la información distribuida no era apta para alinear estrategias comunes o para conocer la estrategia comercial de los competidores al tratarse de una información no desagregada, ni actual, ni comercialmente sensible y estratégica, hemos de insistir en que, al incluir cifras de producción y de reparación de los palés y, en algunas ocasiones, cifras de facturación diferenciando a cada empresario con su correcta denominación empresarial, tenía 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 detectar cambios en el comportamiento de sus competidores ya fuera en cantidades, costes o demanda, lo que posibilitaba adoptar una determinada estrategia comercial en ese mercado al conocer la de sus competidores, así como la evolución del mercado mismo al constar la oferta y demanda del producto afectado.

Por otra parte, la información intercambiada era reciente y no histórica ya que se correspondía con datos a mes vencido hasta el año 2004, y a partir de dicho año se remitía 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 posibilitaban conocer cuál era la situación real y actual de los competidores.

Además, 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).

Cumpliendo de este modo, en definitiva, los presupuestos a que se refiere la antes citada Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE.



SEXTO.- Finalmente, han de analizarse los motivos de la demanda que denuncian la infracción de la LDC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al fijarse la cuantía de la multa, que resultaría además desproporcionada y discriminatoria para la entidad actora. Vulneración que alcanzaría en concreto a los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, así como a la citada jurisprudencia existente sobre la aplicación de la Comunicación de multas de 2009.

Sobre esta cuestión ha de decirse que la cuantía de la multa se ha fijado, en efecto, 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 en este particular el recurso en el sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que cuantifique de nuevo la multa de acuerdo con lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

SÉPTIMO. - 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 D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa en nombre y representación de **ASERRADEROS DE CUÉLLAR, S.A.**, contra la resolución de 22 de septiembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 144.567,50 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije de nuevo la cuantía de la multa teniendo en cuenta lo resuelto en el fundamento jurídico sexto 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.