



Roj: **SAN 3107/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3107**

Id Cendoj: **28079230062020100291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **403/2014**

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: 0000403 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05481/2014

Demandante: EMBALAJES NOVALGOS, S.A.

Procurador: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

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. 403/14 promovido por el Procurador D. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de **EMBALAJES NOVALGOS, 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 98.186,20 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 "... i) *la inexistencia de infracción del artículo 1 LDC y 101.1 del TFUE*. ii) *Subsidiariamente, anule la multa por su ausencia de motivación*; iii) *Subsidiariamente reduzca la cuantía de la multa a una cantidad simbólica o mínima en aplicación del principio de proporcionalidad de conformidad con lo dispuesto en el cuerpo de este escrito*".

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.- Tr as 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 9 de septiembre 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 EMBALAJES NOVALGOS, 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:

EMBALAJES NOVALGOS, S.A

(...)

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

EMBALAJES NOVALGOS, S.A 98.186,20 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 inexistencia de infracción por intercambio de información, considerando que no existe infracción por objeto, ni que tampoco se han producido efectos anticompetitivos en el mercado.

La resolución recurrida declara responsable a EMBALAJES NOVALGOS, S.A de la infracción que sanciona "... 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 paleis de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde abril de 2005 hasta octubre de 2008".

Sostiene 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.

Considera además que los antecedentes confirmarían que no puede considerarse el intercambio de información solo de datos de producción como una restricción por objeto.

Y niega que dicho intercambio haya generado efectos anticompetitivos en el mercado, que serían imprescindibles para reputar sancionable la conducta.



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.

Antes de analizar los referidos motivos conviene, no obstante, hacer una breve consideración sobre las conductas sancionadas en la resolución recurrida y su calificación.

La resolución atribuye a EMBALAJES NOVALGOS, S.A, como veíamos, la comisión de una infracción única y continuada consistente consistente en el intercambio de información relativa a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde abril de 2005 hasta octubre de 2008.

Refleja como hechos probados, y en cuanto a la entidad actora, 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 EMBALAJES NOVALGOS, S.A es una empresa cuya actividad principal es la fabricación y venta de embalajes de madera, que en el año 2010 contaba con 17 empleados y facturó 3.691.914,76 €. Destaca además que tuvo entre el 5 y el 2% de cuota de mercado entre 2005 y 2010, y que en los tres primeros trimestres de 2011 tenía una cuota del 3% y 75.840 unidades en la fabricación de paés 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 intervención tan solo en una de las conductas sancionadas, concretamente 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 octubre de 2008.

Incluye la resolución un relato de hechos probados en relación a las conductas de fijación de precios que permitirían considerar acreditadas tales conductas; y, en cuanto al intercambio de información comercialmente sensible, aparecería asimismo probado 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 licenciarios 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, CARRETERO, 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 MARTORELL 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 publica constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente publica es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente".

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 practica 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 EMBALAJES NOVALGOS que la conducta es imputable exclusivamente a la decisión de CALIPAL ya que 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.

Por otra parte, la puesta en conocimiento de esos datos al resto de las empresas competidoras rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del funcionamiento competitivo del mercado al permitir que los competidores actuaran en consecuencia modificando su conducta en el mercado.

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

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.

TERCERO. - Finalmente, ha de analizarse el motivo de la demanda que denuncia la ausencia de motivación y la arbitrariedad en la determinación de la multa, así como su desproporción, motivo que incide en la infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, así como en la 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 aplicó 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.

CUARTO. - 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. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de **EMBALAJES NOVALGOS, 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 98.186,20 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 tercero 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.