



Roj: **SAN 3116/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3116**

Id Cendoj: **28079230062020100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **409/2014**

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: 0000409 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05539/2014

Demandante: MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

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. 409/14 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, 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 284.048,14 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 la resolución impugnada es "contraria a derecho en su integridad en lo que afecta MMC, y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la



multa impuesta a mi mandante. Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la resolución, estime la anulación y/o reducción sustancial de la multa de 284.048,14 euros impuesta a MMC por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito de recurso...".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se 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.

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 MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, 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:

MADERAS DE MIGUEL CARRETERAO, S.A.

(...).

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

MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A. 28 4.048,14 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 vulneración del artículo 24 de la Constitución por infracción de la "obligada confidencialidad de la comunicación abogado-cliente", con explícita referencia a la actuación del abogado de EPAL.

Argumenta así que el Sr. Dorre, Abogado de EPAL, "... puso en conocimiento de la Comisión Europea informaciones a las que tuvo acceso únicamente por el desempeño de su actividad profesional como abogado para sus clientes, entre los que hay que incluir a CALIPAL, como parte integrante de EPAL".

Se remita a las normas que garantizan el secreto profesional de la abogacía, y menciona en concreto los artículos 20.1.d) y 24.2 de la Constitución, así como el artículo 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el artículo 119 del Código Penal, el artículo 5 del Código Deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y el artículo 2.3 del Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea.

Sobre la base de este conjunto normativo, considera que el Sr. Dorre proporcionó una información a la Comisión Europea que constituiría una prueba nula al haberse obtenido "... en violación de un derecho fundamental como es el debido secreto de las comunicaciones entre cliente y abogado", información que entiende relevante al punto de que "Sin la actuación del Sr. DORRE ante la Comisión Europea, la extinta CNC no habría iniciado la fase



de información reservada realizando las inspecciones domiciliarias el 26 de junio de 2012 ni tampoco hubiera realizado los requerimientos de información posteriores".

Y la nulidad de esa actuación arrastraría, según la entidad recurrente, la de la prueba obtenida después por aplicación de la doctrina de la "fruta del árbol prohibido".

No compartimos, sin embargo, este razonamiento que cae por su base desde el momento en que no se ha acreditado que el Sr. Dorre mantuviera con la recurrente una relación abogado-cliente que impondría el pretendido deber de confidencialidad.

Consta en el expediente que el Sr. Dorre era el abogado de EPAL; y también refleja la resolución recurrida, sin que se cuestione tal extremo, que CALIPAL es una Asociación sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia, fundada en 1997, cuyo objetivo es asegurar y promocionar la calidad de los paleis con certificado EUR/EPAL.

Es también incontrovertido que MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, S.A., es una empresa miembro de CALIPAL.

Pues bien, de todo ello no cabe extraer en modo alguno, como hace la mercantil actora, que la información proporcionada por el Sr. Dorre a la Comisión Europea sobre posibles prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por uno o varios miembros de CALIPAL implique una vulneración de la obligada confidencialidad de las comunicaciones abogado cliente.

En primer lugar, es evidente que el Sr. Dorre no ha sido el abogado de MADERAS DE MIGUEL CARRETERO. Ni siquiera se justifica que lo hubiera sido de la asociación a la que pertenece dicha empresa, CALIPAL, dotada de personalidad jurídica propia y distinta de la EPAL.

En segundo término, los hechos que la resolución recurrida entiende acreditados, y que determinaron la sanción de las empresas intervinientes en el cártel, ponen de manifiesto una conducta, por parte de las incoadas, todas ellas miembros de CALIPAL, abiertamente contraria a los intereses de EPAL, que sería en su caso la cliente del abogado Sr. Dorre. De este modo, la puesta en conocimiento de la Comisión de hechos presuntamente anticompetitivos llevados a cabo por terceros -no pueden tener otra consideración, respecto de EPAL, las empresas expedientadas, aunque fueran miembros de CALIPAL- constituiría sin duda una actuación encuadrable entre las propias del abogado de EPAL.

En consecuencia, no hay dato que permita advertir la vulneración del deber de confidencialidad que es, en realidad, inexistente cuando falta la premisa fundamental sobre la que se asienta la denuncia y el surgimiento mismo de dicho deber, cual es la relación abogado-cliente entre la empresa sancionada y el abogado de EPAL.

TERCERO.- Afirma además MADERAS DE MIGUEL CARRETERO que se ha vulnerado el principio de transparencia del procedimiento sancionador al que se refieren los artículos 3.1 y 19 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora pues la CNMC no ha permitido el acceso a los documentos contenidos en los folios 6 a 60 del expediente administrativo.

Además de insistir en la procedencia ilícita de dicha prueba por haber sido incorporada a consecuencia de la intervención del abogado de EPAL ante la Comisión Europea -denuncia que ha sido ya abordada y rechazada en el fundamento anterior-, sostiene que se trata de información incriminatoria *prima facie* pues motivó que la Comisión Europea la enviase a la CNMC y que esta iniciase la correspondiente investigación y llevase a cabo las inspecciones domiciliarias.

La resolución recurrida explica de manera motivada la razón por la cual esa documentación se consideró confidencial, y argumenta además por qué entiende que el mantenimiento de dicha confidencialidad no implica una vulneración del derecho a la defensa de las sancionadas.

En el apartado 4.5.1 de su fundamentación jurídica se remite a la regulación de esta cuestión contenida en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, hoy artículos 101 y 102 del TFUE, y los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE. Menciona la documentación que, conforme a dicha Comunicación, tiene la consideración de no accesible para los interesados, en particular los documentos internos, que incluyen la correspondencia con otras autoridades públicas; y la información confidencial, que incluye el secreto comercial de las empresas y otra categoría de información confidencial distinta al secreto empresarial pero cuya divulgación puede suponer un perjuicio significativo a una persona o empresa.

Alude a los criterios que recoge también la Comunicación para poder aceptar las solicitudes de confidencialidad y advierte que " *el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio)*



o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio). En este caso, la necesidad de salvaguardar los derechos de defensa de las partes permitiendo el mayor acceso posible al expediente de la Comisión puede ser superior al interés de proteger la información confidencial de otras partes. La Comisión debe evaluar si estas circunstancias se aplican en una determinada situación. A este efecto, habrá que evaluar todos los elementos pertinentes, incluyendo:

- la importancia de la información a efectos de determinar si efectivamente se ha cometido una infracción y su valor probatorio;
- si la información es imprescindible;
- su carácter mas o menos delicado (en que medida su divulgación podría perjudicar los intereses de la empresa o persona en cuestión);
- la gravedad a primera vista de la presunta infracción".

Se refiere, a continuación, a los concretos documentos que la Dirección de Competencia declaró en su día confidenciales (correos electrónicos intercambiados entre la Dirección de Investigación y la Comisión Europea -folios 1 a 5-, el escrito de 25 de enero de 2011 -folios 6 a 61- y los documentos 1 al 5 del Anexo 24 al escrito de 25 de enero de 2011 -folios 221 a 253-), incidiendo en que no afecta a la totalidad de la información remitida por la Comisión Europea, de tal modo que las entidades incoadas habrían tenido acceso a los anexos 1 a 23 -folios 62 a 216- y a los restantes documentos del anexo 24 -folios 217 a 220 y 254 a 303, remitidos por la Comisión Europea.

Además, explica que la documentación declarada confidencial estaría constituida, por una parte, por documentos internos, y, por otra, por información amparada por el secreto empresarial, sin valor probatorio alguno, ya que la determinación de los hechos y la obtención de las pruebas derivaron de las inspecciones y de los requerimientos de información realizados a las empresas. En este sentido, la citada información carecería, a juicio de la Comisión, de valor incriminatorio o exculpatorio de las conductas investigadas, ya que no habría sido utilizada por la DC como prueba de cargo para acreditar los hechos y determinar las concretas responsabilidades de las empresas incoadas en el procedimiento.

Destaca, por último, el hecho de que las partes han tenido conocimiento de todos los documentos que han servido de base para dictar la resolución.

Frente a todo ello, la entidad recurrente no acredita, siquiera de manera indiciaria, la relevancia que los documentos controvertidos pudiera haber tenido para advertir su participación en las conductas sancionadas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, dictada en el recurso núm. 1523/2013, hace las consideraciones siguientes acerca de la declaración de confidencialidad de determinados documentos en procedimientos sancionadores en materia de competencia y su incidencia en el derecho de defensa:

"CUARTO.- Para resolver el alegato de la parte recurrente, que considera que la denegación de la ratificación del perito en su dictamen quiebra el derecho de defensa reconocido por el artículo 24 CE, hemos de hacer referencia a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001).

Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.

Proyectamos seguidamente los anteriores criterios del Tribunal Constitucional sobre la actuación procesal a que se refiere la parte recurrente, que consistió en la denegación por la sala de instancia de la solicitud de comparecencia del perito autor de un informe, a fin de que se ratifique en el mismo y contesta a las preguntas y aclaraciones que pueda formular la parte.



En el tercer otrosí de la demanda, la parte recurrente solicitó el recibimiento del recurso a prueba, señaló los hechos sobre los que debida versar la prueba y solicitó al efecto como diligencia de prueba el dictamen pericial de parte, señalando que a causa de la complejidad y de la extensión de la documentación objeto del informe resultaba imposible su aportación con la demanda, si bien de conformidad con el artículo 337 de la LEC anunció su aportación tan pronto como dispusiera del mismo, incluyendo en el otrosí la solicitud de comparecencia del perito autor del informe, en los términos que se han señalado.

Tampoco acogemos el reproche casacional que se formula a la Sala de instancia por haber vulnerado el derecho de acceso al expediente que había sido vulnerado en la tramitación del procedimiento sancionador, contraviniendo el artículo 3.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, pues no se ha justificado que la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia de declarar confidenciales diversos documentos sea irrazonable o arbitraria, o que haya producido lesión real y efectiva del derecho de defensa.

En efecto, ante la genericidad con que se formula este subapartado del primer motivo de casación, no apreciamos que el pronunciamiento de la Sala de instancia, de rechazar que se haya producido en la tramitación del procedimiento sancionador prescindencia de las reglas esenciales del procedimiento legalmente establecido incardinable como vicio de nulidad de pleno derecho en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sea incongruente con el alcance de la garantía procedimental de acceso al expediente, puesto que cabe partir de la premisa, tal como advirtió la Directora de Investigación, de que la información contenida en los tomos declarados confidenciales no había sido utilizada en la resolución del expediente, por ser innecesaria para el esclarecimiento de los hechos, y que ni siquiera se había hecho referencia de ella en el pliego de concreción de hechos, de modo que no cabe deducir que se hubiera producido indefensión, al referirse también que de dichos documentos se realizó una versión no confidencial.

Por ello, no consideramos que la Sala de instancia haya vulnerado la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, formulada en el Auto de 13 de julio de 2006, en relación con los presupuestos requeridos para que la autoridad reguladora de la competencia declare la confidencialidad de documentos obrantes en el expediente sancionador.

En el mencionado Auto de esta Sala jurisdiccional dijimos:

« En el ámbito comunitario, la garantía de confidencialidad en este tipo de expedientes se prevé en los Artículos 214 TCEE y 20 del Reglamento 17/62, así como el Reglamento Comunitario 3384/1994, de 21 de diciembre. Este último, en particular, señala que "no se comunicará ni se hará accesible la información, incluidos documentos, que contengan secretos comerciales de cualquier persona o empresa, incluidas las partes notificantes, otras partes afectadas y terceros, así como ningún otro dato confidencial cuya divulgación la Comisión no considere necesaria a los efectos del procedimiento y ningún documento interno de la Administración". Dichas normas, además, obligan a las autoridades y funcionarios a guardar secreto de los hechos que conozcan por razón de sus cargos.

En un sentido similar, desarrollando el marco normativo en el que se desenvuelve en el ámbito comunitario la obligación de comunicar a las partes la documentación obrante en un expediente en materia de competencia, la propia Comisión se dio determinadas disposiciones, que sobrepasaban las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia. Dichas normas están contenidas en su Duodécimo Informe sobre la política de competencia, y, en síntesis, y en cuanto ahora nos afecta, venían a determinar que "la Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa: los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas; los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial como, por ejemplo aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos".

Este secreto se extiende también, tal y como se determina en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el Asunto 53/84, Asunto Adams, a la debida diligencia en el tratamiento de las informaciones confidenciales que bajo esa condición llegan a conocimiento de la Comisión. En concreto dicha resolución señala, sobre el alcance de la obligación de secreto en el expediente administrativo, que el artículo 214 del Tratado prevé una obligación, especialmente para los miembros y agentes de las instituciones de la Comunidad, de no divulgar informaciones que por su naturaleza misma están cubiertas por el secreto profesional y esencialmente las notificaciones relativas a las empresas concernientes a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus precios de venta. Si esta disposición atiende sobre todo a las calificaciones recibidas desde las empresas, la expresión "especialmente" muestra que se trata de un principio general que se aplica



también a las informaciones suministradas por personas físicas, si esas informaciones son por su naturaleza confidenciales. Tal es sobre todo el caso de informaciones suministradas a título puramente voluntario, pero sujeta a una petición de confidencialidad para proteger el anonimato; "la institución que acepta recibir estas informaciones esta obligada a respetar esas condiciones".

Se trata de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha encontrado respaldo en otras resoluciones posteriores, como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, dictada en el Asunto British Gypson contra Comisión, T-65/89, en la que se confirmó la decisión de la Comisión que no comunicó ciertos extremos del expediente a la empresa afectada, con fundamento en que ello supondría la revelación de otras empresas que habían colaborado con la Comisión y que podrían resultar perjudicadas por la difusión de la información.

[...]

Ahora bien, debe notarse que, frente al tratamiento procedimental de la obligación de secreto que, con el alcance que hemos mencionado, impera en materia de competencia en el ámbito europeo, el procedimiento español, en este concreto aspecto, goza de singularidades, entre las que destaca el mayor grado de seguridad jurídica que aporta el hecho de que se prevean actos expresos, tanto del Servicio como del Tribunal de Defensa de la Competencia, declarando confidenciales determinados extremos del expediente incluso de oficio. Se trata de decisiones que pueden ser fiscalizadas oportunamente y que determinan en particular a que datos concretos se extienden las limitaciones de la difusión, mas allá de genéricas categorizaciones.

Conviene recordar que la Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 53, determina que "el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar de oficio o a instancia del interesado que se mantengan secretos los datos o documentos que considere confidenciales formando con ellos pieza separada", precepto conectado con el artículo 52 del mismo texto legal, a tenor del cual "todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión o cargo, están obligados a guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos".

Esta previsión de la Ley de Defensa de la Competencia guarda coherencia con la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992. El artículo 35.a) de dicha Ley consagra el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos, y el artículo 37 establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. No obstante, en el propio artículo 37 se determinan las excepciones y modulaciones a aquel derecho de acceso, y así, en su apartado 4º se puntualiza que "el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros mas dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada" y el apartado 5º.d) matiza que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los expedientes "relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial".

Evidentemente, la declaración de confidencialidad acordada en el caso que aquí nos ocupa por el SDC y el TDC es plenamente coherente con esa regulación general del procedimiento administrativo, puesto que es la propia Ley de Defensa de la Competencia la que atribuye esa potestad e impone la limitación del derecho de acceso al expediente tramitado ante el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, justamente porque en esta tipología de expedientes se examinan cuestiones atinentes a materias protegidas por el secreto comercial o industrial».

Doctrina plenamente trasladable al caso de autos en el que la decisión de mantener la confidencialidad tiene una justificación explícita y suficiente.

Confidencialidad que, por otro lado, afecta solo a una muy limitada parte de los documentos del expediente cuya relevancia a los efectos de poder ejercer de manera plena el derecho de defensa no se ha justificado sino de manera genérica.

CUARTO.- Los razonamientos que refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, parcialmente transcrita, sirven también para rechazar el motivo que la demandante esgrime al sostener que se ha vulnerado su derecho a la defensa al habersele denegado de manera injustificada pruebas pertinentes en su día propuestas. Se refiere, en concreto, las pruebas testifical y pericial cuya práctica interesó en sus alegaciones al pliego de concreción de hechos.

Como hemos visto, el Tribunal Supremo se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de



prueba pertinentes para la defensa, que, dice, "... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001). Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello".

Estas consideraciones son aplicables también a la prueba denegada en vía administrativa, y remiten a un análisis sobre la incidencia que esa denegación pudiera tener sobre el derecho a la defensa de la parte proponente y, en relación con ello, sobre la motivación suficiente de la denegación.

En el supuesto de autos, la CNMC rechazó de manera motivada la práctica de dichas pruebas propuestas por HEMASA, otra de las empresas incoadas, y por la aquí recurrente. Así consta en la propuesta de resolución, apartado 276, página 248; apartado 280, página 249:

" (276) Igualmente por ello, en relación a la solicitud de CARRETERO y HEMASA de realizar requerimientos a EPAL, SGS y CALIPAL para que aporten las actas de infracción y sanción que hayan afectado a ESTYANT y CASTILLO entre los años 2005 y 2011, esta Dirección de Competencia considera irrelevante su practica.

(280)Asimismo, CARRETERO y HEMASA solicitan prueba pericial por experto imparcial acreditado que esta Dirección de Competencia determine, para que compruebe que no es posible realizar con éxito una concertación para incrementar los precios por un grupo de fabricantes que suponen únicamente el 40% de un mercado y menos aun en una situación de caída significativa de la demanda, como la acaecida en 2008, ni que tal concertación podría tener ningún efecto negativo en los precios de venta, como por ejemplo, retener o frenar una mayor caída de precios. A este respecto, dado que ha quedado acreditado, sin que haya quedado desvirtuado por las alegaciones presentadas, que el mercado afectado no supone el 40% del mercado afectado, sino prácticamente el 100% del mercado de palés de calidad controlada EUR/EPAL, así como la adopción de acuerdos de fijación de precios y su efectiva implementación, no se considera relevante la práctica de dicha prueba".

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013, rec. 4934/2009, se pronuncia sobre el alcance del derecho de defensa y la denegación de prueba oportunamente solicitadas. Y si bien lo hace en relación al proceso judicial, en la medida en que en los procedimientos administrativos sancionadores está en juego también el artículo 24 de la Constitución, resulta trasladable a dicho ámbito. Dice la sentencia que "El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución , según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 74/2004, de 22 de abril , que es objeto de reiteración, en términos sustanciales, en las sentencias 165/2004, de 4 de octubre , 3/2005, de 17 de enero , 244/2005, de 10 de octubre , 30/2007, de 12 de febrero y 22/2008, de 31 de enero , tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

« a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y practica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril , FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992, de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000 , FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995 ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 190/1997 ; 96/2000 , FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de



una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre , FJ 2 ; 351/1993, de 29 de noviembre , FJ 2 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2 ; 35/1997, de 25 de febrero , FJ 5 ; 181/1999, de 11 de octubre , FJ 3 ; 236/1999, de 20 de diciembre , FJ 5 ; 237/1999, de 20 de diciembre , FJ 3 ; 45/2000, de 14 de febrero , FJ 2 ; 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero , FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre , FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo , FJ 5 ; 26/2000 , FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000 , FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre , FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre , FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo , FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero , FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero , FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio , FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio , FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo , FJ 28).» .

En análogo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2003, recurso núm. 4996/1998, señala que "Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que, como elemento inseparable del derecho mismo a la defensa, opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio, sin que ello implique, como recuerda el Tribunal Constitucional «desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional» (STC 59/1991, de 14 de marzo , F. 2).

El derecho de toda persona a quien se atribuye la comisión de una infracción disciplinaria a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la Constitución) no es un derecho ilimitado, que obligue al Instructor del expediente a admitir y practicar todas pruebas que el interesado proponga. El derecho no resulta vulnerado si las pruebas que se rechazaron eran innecesarias para el enjuiciamiento de la falta disciplinaria, o los datos de hecho que se pretendía acreditar con ellas figuraban suficientemente justificados en el expediente disciplinario.

Como ha reconocido también esta Sala y Sección en las precedentes sentencias de 24 de noviembre de 1999 y 24 de febrero de 2003 , las denunciadas denegaciones y omisiones de pruebas al respecto, no impiden ni implican infracción del artículo 24.2 de la Constitución , que, justamente, alude a pruebas pertinentes, en el sentido de relevantes, lo que conduce a la conclusión de que la sentencia recurrida no es nula de pleno derecho, en este punto, como se desprende de una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada, por ejemplo, en sentencias como las de 27 de septiembre de 1988 , 23 de enero y 22 de febrero de 1989 , 15 de febrero de 1990 y 29 de noviembre de 1993 , entre otras, que excluyen de tal derecho a la utilización de pruebas a aquellas que no se relacionan con el objeto del proceso, o que sean impertinentes, inútiles, innecesarias o inidoneas, o que no guardan conexión con aquel, tomando en cuenta su genuino contenido, delimitado aquí por el Acuerdo originario impugnado.

En todo caso, en materia de valoración probatoria, ha declarado esta Sala que la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa



previa valoración de la prueba en su conjunto hacia el Tribunal a quo, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero, 8 y 26 de mayo, 2 de diciembre de 1989, 2 y 13 de marzo de 1990, 11 de marzo, 7 de mayo y 30 de julio de 1991, 7 y 20 de mayo de 1994), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia.

Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que no es procedente en el recurso de casación hacer un supuesto de la cuestión, dada la naturaleza extraordinaria y específica que reviste el recurso, que no permite proceder en el a una revisión de las pruebas, convirtiéndolo en una tercera instancia, y este recurso no consiste en contraponer el resultado probatorio al que llega subjetivamente el recurrente, al obtenido por la Sala de instancia, no habiéndose alegado como infringidos preceptos o jurisprudencia en que se contengan criterios específicos para la valoración de la prueba sometida a la sana crítica, como han reconocido las sentencias de la Sala Tercera, Sección Quinta del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 27 de mayo de 1994, de la Sección Séptima de la Sala Tercera de 28 de diciembre de 1994 y 21 de marzo de 1995 y de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 14 de octubre de 1994, entre otras sentencias".

Es relevante también a efectos de rechazar la pretendida indefensión que la petición de prueba formulada por la entidad demandante en este proceso ha consistido únicamente en las testificales que especificaba en la demanda, oportunamente practicadas y en todos los casos distintas de la que solicitó en el expediente y cuya denegación afirma le ha producido indefensión.

QUINTO. - Argumenta la recurrente que no existe la pretendida infracción única y continuada de cártel que se le imputa, conclusión que alcanza después de valorar la prueba obrante en el expediente.

Así, niega que se le pueda considerar responsable de la participación en los acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales en el periodo transcurrido desde enero de 2005 a noviembre de 2005. En cuanto al periodo noviembre de 2005/noviembre de 2007, afirma que no participó en todas las reuniones celebradas durante el mismo y, a las reconoce haber asistido, insiste en que no se discutió ningún aspecto comercial de fijación de precios o relacionado con acuerdos comerciales pues su el único objeto perseguido era el de proteger la calidad de los palés EUR/EPAL conforme a los requisitos establecidos en la licencia de fabricación, principalmente porque en ese periodo los precios de la madera -materia prima principal de los palés- subían prácticamente todos los meses, motivo por el que se fijaron unos precios medios de venta que eran solo ligeramente superiores a los costes medios totales para evitar la pérdida de clientes. Y, finalmente, en el periodo de noviembre de 2007 a noviembre de 2011 señala que no existe prueba de su participación con posterioridad a la reunión de 19 de noviembre de 2007, por lo que su conducta en todo caso habría prescrito al haber tenido lugar las inspecciones en junio de 2012.

No obstante, la prueba acopiada en el expediente no permite compartir estas afirmaciones.

La resolución atribuye a MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, 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 noviembre de 2011. Conducta que califica de cártel, tipificada en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Ello reconduce este motivo a un análisis de dicha prueba a fin de determinar si, en efecto, es o no suficiente para sostener la imputación.

La resolución recurrida 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 en el año 2008 se constituyó la empresa ASERRADERO SAN LEONARDO, S.L., dedicada a aserrar madera exclusivamente para CARRETERO, constituyendo su actividad principal la serrería de primera transformación de madera y actividades complementarias, como la fabricación y venta de palés de madera. Destaca que en el año 2010 contaba con 9 empleados y facturó 2.974.587 €, ostentando CARRETERO una cuota, en el año 2011, del 4% en la fabricación de palés de madera 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 las empresas adquirentes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL utilizan este tipo de palés para la exportación de sus mercancías, por tener unas características de calidad, homologación, resistencia y proceso de fumigado que lo han convertido en el palé más exigido o reclamado en todo el mercado comunitario, al tratarse de un palé de madera aceptado en toda Europa para el tráfico de mercancías, por permitir su transporte, aceptación, reutilización y retorno, es decir, permitiendo su intercambio junto con las mercancías transportadas, el mercado intracomunitario también estaría afectado por las conductas objeto de este expediente, siendo de aplicación el artículo 101 del TFUE.

La resolución recurrida concluye que:

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

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

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

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

Y respecto de la concreta participación de la sociedad recurrente, la CNMC considera finalmente acreditada su intervención del siguiente modo:

"MADERAS MIGUEL CARRETERO, 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 relativo a las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL, desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011".

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 beneficien al sector de la paleta EUR/EPAL y que eviten perjudicar a la mayoría, no perjudicándose a sí mismos. Sabemos que existen miembros que están fuera de estos acuerdos y es bueno que se vayan acercando. Es fundamental conocer los costes mínimos para poder conseguir hacer las cosas en positivo"*. (folios 6243 a 6245 del expediente administrativo). Y para cumplir esos objetivos decidieron intercambiarse información entre las empresas fabricantes miembros de CALIPAL para conocer los costes mínimos de la fabricación del palé de madera de calidad controlada EUR/EPAL, a los que, sumando un margen comercial, daría lugar a un precio mínimo del palé de madera de calidad controlada, que cubriese con margen suficientes dichos costes. Y para ello se decidió que *"cada fabricante del GT traerá a la próxima reunión el precio de coste, en fábrica de una paleta"*.

En 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, advirtiendo 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.

Si con estas pruebas quedaría acreditada la existencia del cartel de fijación de precios, el intercambio de información comercialmente sensible aparece asimismo probado al constar 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, 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 MMC 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 hasta 2011, con mención a los documentos que lo acredita y su constancia en el expediente.

Una valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que los intercambios de información 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 y reparación de palés, 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.

SEXTO.- Acreditada, conforme a lo expuesto, la comisión de las conductas que se sancionan -acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, e intercambio de información comercialmente sensible la existencia-, es igualmente indudable la participación de la entidad actora en dichas conductas, recordando que la sanción a MADERAS DE MIGUERL CARRETERO se basa en su intervención en los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, así como en el intercambio de información relativa a las cifras de



producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011.

Por lo que se refiere al intercambio de información, es lo cierto que la recurrente no niega haber recibido de CALIPAL información sobre las cifras de producción y/o reparación de los palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL de las empresas licenciatarias de EPAL. Pero, en su defensa, alega que esa conducta es imputable exclusivamente a la decisión de CALIPAL ya que, según ella dice, las empresas no tuvieron ninguna intención ni realizaron ninguna acción dirigida a poner en marcha por si mismas el intercambio de información; y que la información remitida no puede tener la consideración de información comercialmente sensible y estratégica puesto que no incluía ni precios, ni márgenes, ni costes ya que se limitaba a remitir las cifras de producción pero no las cifras de ventas. Concluye por ello que no se le puede imputar la conducta consistente en participar en el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica.

Es también 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.

Sostiene MMC, en su defensa, que no se le puede imputar esa conducta ya que entiende que fue CALIPAL quien de forma exclusiva adoptó la decisión de remitir dichos cuadros. Sin embargo, 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 ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido 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, y entre ellas la recurrente, acordaron el intercambio de dicha información en la Asamblea General Extraordinaria de CALIPAL celebrada en fecha 19 de julio de 2004 (folios 6280 a 6284 del expediente administrativo).

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, consideramos, por el contrario, que, al incluir cifras de producción y de reparación de los palés y, en algunas ocasiones, las cifras de facturación diferenciando a cada empresario con su correcta denominación empresarial, 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 actuasen 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.

SÉPTIMO.- Si la participación de MADERAS DE MIGUEL CARRETERO en el intercambio de información estaría acreditado con todo ello, su intervención en los acuerdos de fijación de precios es, a juicio de la Sala, incuestionable.

Basta remitirnos al expediente administrativo y a las actas que mencionábamos antes, con indicación de su ubicación en el expediente y de su procedencia, para constatar la participación de la actora en dichas reuniones.

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, donde estuvo representada, 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 participó igualmente MMC, 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 con participación de MMC, 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 definitiva, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada tanto en los acuerdos de fijación de precios como en el intercambio de la información estratégica, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa.

Sobre el carácter continuado de la infracción no alberga la Sala duda alguna a la vista de los elementos de prueba que ponen de manifiesto, como hemos venido relatando, la participación de la actora en los acuerdos anticompetitivos sucesivos en el tiempo sin que, en ningún caso, se advirtiera una interrupción prolongada en el tiempo y de entidad suficiente como para poder apreciar la prescripción.

No obstante, se hace necesario analizar si es adecuado el periodo temporal que se le imputa y que, tal como recoge la resolución sancionadora, abarca desde enero de 2005 hasta noviembre de 2011, puesto que MADERAS DE MGUEL CARRETERO lo discute de manera expresa en su demanda y propone, con carácter subsidiario y para el caso de desestimar sus alegaciones precedentes, que se declare que la infracción es inexistente a partir de noviembre de 2009.

La Sala entiende que la fecha inicial esta correctamente fijada por cuanto ya en esa fecha -enero de 2005- consta en el expediente sancionador que la recurrente recibió de CALIPAL los cuadros conteniendo la información relativa al 4º trimestre de 2004 en los que se contenían datos de la producción de las empresas competidoras.

No compartimos, sin embargo, la fecha final imputada -noviembre de 2011- porque no existe prueba de que los acuerdos colusorios imputados llegasen hasta esa fecha.

Así, en relación con los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, existe en el expediente sancionador prueba de que, al menos, la última reunión de la que se tiene constancia tuvo lugar el 15 de septiembre de 2009.

Sin embargo, y aun no habiendo prueba de reuniones posteriores, ello no significa que los participantes decidieran abandonar en esa fecha la continuación en el plan común; al contrario, tal como se recoge en las conclusiones de aquella reunión, se mantiene la unidad de actuación para la consecución de un objetivo común al remitirse a la *"... celebración de una reunión en el primer trimestre del año 2010, el día anterior a la reunión de la Asamblea General de Califal para fijar unos parámetros de referencia para posicionarse en el mercado"*.

De tal manera que no es posible situar en esa fecha el término final de las conductas colusorias pues esta Sala, apoyándose en la Jurisprudencia del TJUE antes aludida, considera que, mientras no exista un apartamiento expreso y público de los participantes, la conducta se mantiene y sigue produciendo efectos anticompetitivos.



En este supuesto consideramos, además, que las conductas anticompetitivas dejaron de realizarse, no por decisión y voluntad de los propios partícipes, sino por lo acontecido en la reunión del Comité Directivo de EPAL celebrada el 24 de febrero de 2011 en Zúrich, a la que asistió el presidente de CALIPAL. En esa reunión los Directivos de EPAL pusieron de manifiesto su conocimiento de los encuentros celebrados entre los fabricantes de palés de madera de calidad controlada EUR/EPAL en España asociados a CALIPAL, exigiendo al presidente la finalización del cartel de fijación de precios.

Y podemos situar en esa fecha el límite temporal de la conducta imputada a la recurrente porque no consta en las actuaciones que con posterioridad y hasta noviembre de 2011- fecha imputada por la Administración- se hubieran mantenido los encuentros y las reuniones entre los empresarios competidores con el objetivo de seguir adoptando acuerdos colusorios de fijación de precios ni tampoco consta intercambio de información más allá del mes de octubre de 2008.

En consecuencia, la infracción única y continuada, de carácter complejo, imputada a la recurrente, debe abarcar el periodo de enero de 2005 a febrero de 2011, estimando en este particular su pretensión.

Por ello, procede requerir a la CNMC a fin de que dicte nueva resolución en la cual determine la cuantía de la multa teniendo en cuenta dicha reducción temporal.

OCTAVO.- Por último, los argumentos recogidos en el fundamento jurídico sexto de la demanda inciden todos en la incorrecta cuantificación de la sanción, invocando la infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, así como 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 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 también 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.

NOVENO. - 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. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **MADERAS DE MIGUEL CARRETERO, 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 284.048,14 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 los fundamentos séptimo y octavo 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ