



Roj: **SAN 2921/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2921**

Id Cendoj: **28079230062014100384**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/06/2014**

Nº de Recurso: **700/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2921/2014,**
STS 1593/2017

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de junio de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 700/12, seguido a instancia de la mercantil "Printeos SA", anteriormente "Manufacturas Tompla SA", representada por el Procurador de los Tribunales D. Eulogio Paniagua García, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de la cuantía se fijó en más de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1) La recurrente es una entidad constituida en 1964, que adquiere el carácter de multinacional a partir de 1997. Está especializada en la fabricación de bolsas y sobres de papel, y tiene una fuerte presencia en los mercados europeos. Contaba en 2010, con una cuota en el mercado de sobres nacionales del 35/40%. Las exportaciones supusieron para la recurrente en 2007, un 60% de su volumen de ventas.

Es la sociedad matriz de un grupo integrado por distintas sociedades: Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación (Sam), Pacsa, Maespa, Manipulados SL, Maespa/Rodon Porta.

Desde 1981 es accionista de Hispapel, de la que tenía a finales de 2010, un 30,84%. de su capital. También, desde esa fecha, es miembro de su Comité Ejecutivo. Como consecuencia de una serie de adquisiciones realizadas a partir de 2011, el 14 de febrero de 2012, la recurrente tenía el 89,88% del capital de Hispapel.

2) Hispapel SA es una entidad dedicada al comercio exterior de importación y exportación de papel y cartón y todos sus manipulados. Desde su constitución en 1980, se dedica a la exportación a terceros países, singularmente de Oriente Medio, de sobres de catálogo, los denominados sobres blancos.

Los principales accionistas de esta sociedad son los principales fabricantes de sobres de papel a nivel nacional (suponen un 90% de la cuota de mercado). En el momento de la inspección realizada por la CNC, sus accionistas principales, además de la recurrente, eran: Unipapel con un 43,80%, y Antalis con un 10,12%.

Esta sociedad está regida por su Junta General de accionistas, un Consejo de Administración, y un Comité Ejecutivo compuesto, al menos por tres personas y que actuarán como consejeros delegados, por lo que les corresponde la administración ordinaria y ejecutiva de la sociedad.



En 2009, los principales mercados de explotación de Hispapel, son los Emiratos Árabes, Qatar, Kuwait, y Chipre con cerca del 96% de las exportaciones realizadas. Hispapel no opera en la comercialización de sobres en el mercado nacional.

Hispapel comercializa dos tipos de productos: sobres marca Hispapel (fabricados por la recurrente, Antalis y Unipapel), y Unipapel (de menor calidad, fabricados por Unipapel).

3. La resolución recurrida estima probado que por medio de Hispapel se adoptaron, al menos desde el año 2000, acuerdos que la CNC consideró contrarios a la libre competencia, y que se concretan en:

a) un reparto geográfico del mercado de exportación de sobres, mediante pactos de no agresión entre competidores, accionistas de Hispapel, que no exporta a países en los que operan sus socios.

b) un reparto de la producción de sobres de papel para la exportación realizada por Hispapel: Unipapel fabricaba el 60%, Antalis el 35%, la recurrente el 5%.

c) una fijación de los precios de los productos comercializados por Hispapel: la fijación de precios se realiza desde el inicio de la actividad de Hispapel, y se refiere tanto a los productos de la serie Unipapel, como a los de la serie Hispapel.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, tras la incoación del correspondiente expediente sancionador S/0318/10, exportación de sobres, adoptó el 15 de octubre de 2012, los siguientes acuerdos:

a) Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un acuerdo para la exportación de sobres que ha estado activo desde el año 1981 hasta abril de 2011 y que se reunía y coordinaba por medio de la empresa Hispapel SA.

b) Declarar que las empresas... Manufacturas Tompla SA, Pacsa, Papelera del Carrión SL, y la Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de papel (SAM), así como Manufacturas Tompla SA solidariamente respecto de éstas dos últimas, son responsables de la citada infracción.

c) Imponer, entre otras, las siguientes sanciones:

-Manufacturas Tompla SA, una multa de 629.845 euros.

-Pacsa, Papelera del Carrión SL, una multa de 122.902 euros, de la que responde solidariamente Manufacturas Tompla SA

-Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación del papel (SAM), una multa de 274.028 euros, de la que responde solidariamente Manufacturas Tompla SA hasta 270.664 euros.

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Clarificación para una mejor comprensión de la situación:

-El expediente sancionador S/0136/10, sobres de papel, fue incoado por la CNC el 15 de marzo de 2011 y fue resuelto mediante Acuerdo de 25 de marzo de 2012, imponiendo a la recurrente sanciones por importe de 10,4 millones de euros. Esta resolución sanciona la existencia de prácticas colusorias en el reparto de sobres de papel en España, y fueron sancionadas las mismas empresas imputadas en el expediente S/316/10, exportación de sobres, y que da origen al acto objeto de recurso en este proceso, que se refiere, esencialmente a la misma conducta y método de actuación, pero en un mercado europeo e internacional.

2. Violación del derecho a la presunción de inocencia por cambio de imputación:

-Denuncia ausencia de prueba respecto de un supuesto intercambio de información sensible entre los socios de HISPAPEL, destinado a coordinar toda su actividad exportadora, incluida la realizada por ellos al margen de Hispapel, singularmente en todos los países de la Unión Europea.

-Los hechos puestos de manifiesto por la DI son: a) la creación y funcionamiento de Hispapel, b) los acuerdos adoptados en el seno de la misma: reparto de mercado, reparto de producción, acuerdo de fijación de precios. No hay mención alguna a un intercambio de información estratégica para coordinar todas las exportaciones. Se admite la existencia de intercambio de información para los fines propios de Hispapel.

-El FJ 4 de la resolución del Consejo califica la conducta de las recurrentes, y señala que ésta implicaba la existencia de intercambios de información sensible entre las empresas sobre costes, precios y destinos de las exportaciones, con repercusión en las decisiones estratégicas de todas las exportaciones de sobres de las empresas.



-La recurrente subraya que no se ha intercambiado información alguna que haya determinado las decisiones de las empresas sobre las exportaciones que realizaban al margen de Hispapel. Mediante Hispapel, sus socios, especialmente los mayoritarios que eran Antalis, la recurrente y Unipapel, buscaban una fórmula eficaz para exportar conjuntamente, especialmente a Oriente Medio, sobres de tipo determinados, distintos de los que exportaban individualmente a otros países. Nunca la DI imputó a la recurrente un acuerdo para repartirse el mercado europeo o mantener en ellos un statu quo anterior.

-La única información intercambiada en el seno de Hispapel es la relativa a un supuesto reparto de mercado geográfico que no supone más que: a) exportar conjuntamente a países extracomunitarios, donde los socios no podían hacerlo individualmente, b) el reparto de producción exclusivamente referido a los sobres que se exportaban a través de Hispapel, que exportaba sobres de tamaños distintos a los exportados individualmente por los socios, y c) finalmente, la fijación de los precios de cesión, exclusivamente en relación a los sobres que los socios fabricaban para exportar a través de Hispapel, y en ningún caso, en relación con los precios de venta por parte de los socios en cualquier destino exterior ajeno a Hispapel.

-Destaca que la actividad exportadora de la recurrente realizada al margen de HISPAPPEL era muy superior a la realizada por dicha vía y que tanto el producto como los mercados eran distintos en uno y otro caso.

-Subraya que el HP 24 dice que el Comité Ejecutivo fijaba pautas de exportación de los productos a exportar por Hispapel, y no de las exportaciones hechas al margen, lo que es contradictorio con el razonamiento del Consejo que atribuye a Hispapel ser un mecanismo de intercambio de información general para todo tipo de exportaciones.

-En caso de estimarse este motivo de recurso, debería minorarse la multa, tomando sólo en consideración para el cálculo del importe base de la misma, las exportaciones realizadas a través de Hispapel, y no la totalidad de las exportaciones.

2. Licitud de la conducta declarada probada:

-Resulta probado y admitido de forma pacífica que existe un acuerdo fundacional de Hispapel según el cual, ésta no exportaría a los 29 países a los que sus socios lo hicieran de manera individual. HP 28 a 32.

-La recurrente estima que la conducta referida es lícita, pues tenía como finalidad no restringir la libertad competitiva de los socios en los países en los que ya estaban operativos y la actividad era rentable. La exportación conjunta vía Hispapel se reservaba a los países extracomunitarios, en los que los socios no podían operar individualmente.

-Hispapel no actuaba como entidad autónoma en competencia con sus socios, ya que era solo una agencia de ventas a países extracomunitarios, lo que no tiene incidencia en el seno de la UE. No hay reparto geográfico restrictivo de la competencia. De esta forma se incrementaba la competencia en el país de destino, con la entrada de un nuevo operador que no mantuvo acuerdo alguno con los competidores locales.

-La recurrente admite haber realizado ventas de cuantía insignificante y en las condiciones descritas, a Malta, Chipre, y Grecia, que en caso de infracción, debería ser calificada "de minimis".

-En caso de estimarse este motivo de recurso debería anularse totalmente la resolución recurrida.

3. Errónea determinación del importe de la multa:

-El Consejo ha establecido el importe base de la multa en relación con las exportaciones realizadas por la filial de la recurrente que utilizaba para este tipo de operaciones desde 1990, Grupo Tompla Expres, SL. Esta sociedad filial nunca fue imputada, ni fue parte en el procedimiento administrativo, ni hay prueba de su participación en los hechos, ni ha sido accionista de HISPAPPEL.

-Infracción del artículo 63 LDC y la obligación de motivación, al utilizar el año 2010 como referencia para determinar el límite máximo de la multa: El año que debe tenerse en cuenta es el inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, por tanto 2011, como se hizo con el resto de sancionados. No se justifica esta forma de proceder.

-Infracción del principio de no discriminación (artículo 14 CE): subraya la diferencia antes mencionada y cita la STG de 12 de julio de 2011 T-133/07 Mitsubishi, pes no hay razón objetiva para la diferencia de trato.

-El volumen de negocios total de la recurrente en España es de 464.000 euros, y ese fue el único volumen de negocio que le fue requerido.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:



1. Respecto de la clarificación realizada por la recurrente, señala que aún no se ha dictado resolución en el expediente S/316/10, por lo que no es posible la comparación entre los dos expedientes. La resolución impugnada subraya que en este caso se sanciona una conducta diferente, la exportación colusoria.

2. Inexistencia de cártel: la recurrente empleó a una sociedad en participación, sin plenas funciones y formalmente exportadora, para encubrir, con otras empresas, una serie de acuerdos colusorios (reparto de la producción y una fijación de precios de cesión de los sobres para exportación en relación con determinados territorios), que les reportaron beneficios. El objeto de los acuerdos es anticompetitivo, como evidencian sus preceptos fundacionales:

-HISPAPEL no podía abrir mercados en los países a los que exportaban las empresas propietarias (Chequia, Sudáfrica y Rusia). HISPAPEL debía salir de los países en los que entraba uno de sus socios, como ocurrió en Malta.

-Aunque existía una limitación de destinos para las exportaciones de HISPAPEL, en su seno existía un amplio intercambio de información. Se remite a los hechos probados de la resolución (24, 42, 59, 69, 72), en los que se especifica el sistema seguido para la fijación de los precios.

-Respecto del mercado relevante: el de producto es el de los sobres blancos o de catálogo, teniendo HISPAPEL un 80% de cuota en España y el 100% en la exportación desde el mercado español, centrándose los acuerdos en la exportación desde España de dichos productos, lo que se proyecta en el mercado nacional, ya que impide a otras empresas españolas no integradas en HISPAPEL, competir en el mercado de exportaciones de los sobres y ha afectado incluso a países de la UE como Chipre, Malta y Grecia. Los acuerdos afectan también a las exportaciones que no realiza HISPAPEL.

-Las conductas descritas despliegan sus efectos en el mercado nacional español y europeo.

3. Inaplicación de la regla de minimis:

-Invoca el artículo 1 del RDC, y subraya la elevada cuota de mercado de la recurrente, y el artículo 2 que excluye su aplicación para este tipo de conductas.

4. Violación del principio de proporcionalidad: La sanción se ha impuesto en su grado mínimo, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 de la LDC

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. La recurrente precisó que el expediente S/316/10, dio lugar a la resolución de 25 de marzo de 2013, recurrida ante la AN, recurso nº 188/2013 .

QUINTO:- Señalado el día 6 de mayo de 2014 para la votación y fallo, la deliberación se prorrogó en sucesivas reuniones de la Sala, hasta el 17 de junio de 2014.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario establecido en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2012, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras la incoación del expediente sancionador S/0318/10, exportación de sobres, en cuya virtud se adoptaron los siguientes acuerdos:

1. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un acuerdo para la exportación de sobres que ha estado activo desde el año 1981 hasta abril de 2011 y que se reunía y coordinaba por medio de la empresa Hispapel SA.

2. Declarar que las empresas... Manufacturas Tompla SA, Pacsa, Papelera del Carrión SL, y la Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de papel (SAM), así como Manufacturas Tompla SA solidariamente respecto de éstas dos últimas, son responsables de la citada infracción.

c) Imponer, entre otras, las siguientes sanciones:

-Manufacturas Tompla SA, una multa de 629.845 euros.

-Pacsa, Papelera del Carrión SL, una multa de 122.902 euros, de la que responde solidariamente Manufacturas Tompla SA



-Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación del papel (SAM), una multa de 274.028 euros, de la que responde solidariamente Manufacturas Tompla SA hasta 270.664 euros.

SEGUNDO: La primera cuestión que debe resolverse en el presente asunto es la relativa a determinar si los hechos declarados probados, sobre los que se construye la calificación de actividad anticompetitiva de la recurrente, contraria al artículo 101 TFUE y 1 LDC , y que se identifican con los señalados en el pliego de concreción de hechos, son constitutivos de dicha infracción o no.

Es importante destacar, como lo hace la CNC en su FJ 4, que los hechos declarados probados en la resolución resultan indiscutidos por las partes, por lo que las distintas cuestiones planteadas, en lo que a los mismos afecta, son de naturaleza estrictamente jurídica. La recurrente acepta este planteamiento en la medida en que la aceptación se refiera, exclusivamente, a los hechos descritos en el pliego de concreción de hechos.

Las afirmaciones de la resolución, que imputan a la recurrente la práctica de la misma conducta, pero ya en relación con todas sus exportaciones, a lo que opone la recurrente la violación del artículo 24.2 CE , será objeto de tratamiento autónomo el FJ 5 de esta Sentencia.

TERCERO : En relación con la primera de las cuestiones referidas, son dos, los hechos probados, así delimitados, que cobran especial relevancia:

El primero, la constitución de Hispapel, en 1981, cuyo objeto social era la exportación de sobres de papel, y su control al 100% por las principales empresas del sector que trabajan en el mercado de los sobres de papel, entre las que se encuentran las fabricantes de los mismos, y entre ellas la recurrente, con una cuota conjunta de producción superior al 80%.

El segundo, el reconocimiento de que Hispapel es una empresa sin plenas funciones, de acuerdo con los parámetros establecidos por la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia que sigue el reglamento CE nº 139/2004.

En este contexto, la resolución recurrida dedica sus FFJJ 4 y 5 a justificar la existencia de la infracción, en términos que no podemos compartir.

En primer lugar, estima la CNC que el mecanismo antes descrito estaba al servicio del objetivo anticompetitivo de las empresas accionistas de Hispapel, consistente en repartirse el mercado y fijar precios de los sobres exportados, llegando a calificar a Hispapel de secretariado del cártel, sin autonomía en su comportamiento.

A este planteamiento, cabe oponer las siguientes consideraciones:

1º Desde un punto de vista puramente teórico, el hecho de que una entidad de las características de Hispapel tenga naturaleza puramente instrumental, no es "per se" contrario a la libre competencia, ni puede por esta sola razón ser calificada como secretariado de un cártel.

La propia resolución, para destacar esta circunstancia, se apoya en el Reglamento CE nº 139/2004, y en el artículo 7 de la Ley 15/2007 , que se refieren a las concentraciones de empresas. En ambos casos se establece como presupuesto necesario e indispensable para calificar las operaciones de concentración, que las empresas implicadas en la operación sean autónomas e independientes. Sin perjuicio de lo anterior, esta exigencia no resulta necesaria a los efectos de evitar la calificación de práctica colusoria, cuando, lo que en realidad se produce, es el esfuerzo colectivo de distintas empresas, que, con el ánimo de penetrar en un mercado en el que de forma individual no podrían hacerlo, utilizan a dichos efectos, una sociedad instrumental.

Resulta esencial en este momento, precisar que Hispapel, en lo que se refiere estrictamente a la cuestión que motiva esta queja de la recurrente, opera extramuros de la Unión Europea, esencialmente en el mercado de Oriente Próximo, caracterizado, en cuanto al producto, porque es demandador de un tipo de sobre distinto por su tamaño al comercializado en la Unión, concretamente el "imperial size", frente al DIN europeo.

La recurrente, en el escrito de alegaciones frente al pliego de concreción de hechos, invoca determinadas resoluciones de la Comisión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJCEE de 30 de junio de 1966, Asunto Societé Technique Minière, 56/65 , de 18 de febrero de 1985 Asunto Bulk Oil/Sun Internacional/Sun Oil Trading, apartados 43 a 45, y de 28 de abril de 1998 Asunto Javico, C-306/96, apartado 22), que ponen de manifiesto la necesidad de evaluar la eventual violación de la libre competencia, mediante el examen de las concretas condiciones de la actividad económica enjuiciada, adaptadas a su contexto económico.

En definitiva, concluyen que no constituye una práctica anticompetitiva, un acuerdo conjunto de comercialización realizado por empresas que ponen en común los medios de que disponen, y que tiene por finalidad facilitar la entrada en un mercado, extramuros de la Unión Europea, en el que, operando de forma individual, no tendrían acceso.

Esta misma jurisprudencia y práctica de la Comisión, vienen a puntualizar,

que esta afirmación no puede, sin embargo, realizarse en términos absolutos, pues está sujeta a la verificación de determinadas circunstancias, que garanticen que la libre competencia, en el mercado nacional e intracomunitario, no resulta afectada. Estas condiciones pueden sistematizarse de la forma siguiente:

a) El mercado nacional español no resulta afectado por estas prácticas, pues, en principio, los integrantes de Hispapel son totalmente libres para competir en el mercado nacional interno y no están vinculados por acuerdo alguno o medida de coerción que condicionen su iniciativa empresarial y que haya sido adoptado en el seno de Hispapel. En todo caso, no se ha aportado en este procedimiento prueba al respecto, y todo ello sin perjuicio de lo que resulte acreditado como consecuencia del expediente S/316/10 incoado por la propia CNC.

Dicho expediente versa sobre la eventual existencia de un cártel que produciría sus efectos en el territorio nacional, y del que la CNC considera responsables a las empresas participantes en Hispapel. No obstante, debe subrayarse, que el mismo se instruye de forma separada al expediente que motiva estas actuaciones y no consta en el presente, una mención específica a dicha actividad, más allá de la genérica referencia hecha en el apartado 107 del informe propuesta de la DI de 26 de abril de 2012.

b) La constitución y actuación de Hispapel no afecta al mercado intracomunitario, pues su actividad, esencialmente, se refiere a exportaciones a terceros países, y se asienta en una doble circunstancia. Por una parte, la reentrada de dichos productos en el mercado interior estaría sujeta a un doble gravamen (exportación a un país tercero, e importación desde éste), que claramente desincentiva todo intento al respecto y por otra parte, el producto objeto de exportación es distinto al comercializado a nivel comunitario, pues los sobres en uno y otro caso, eran de distinto tamaño (Imperial size en los países terceros y DIN en la Unión Europea).

c) En cuanto al contexto económico en el que se desarrolla, debe destacarse que el volumen de dichas exportaciones a países terceros, representa sólo el 0,1% del mercado de sobres en el territorio del mercado interior, cifra irrelevante a los efectos de tildar de anticompetitiva la práctica denunciada de acuerdo con la jurisprudencia expuesta.

En atención a lo expuesto, cabe concluir que la actividad económica desarrollada por la recurrente no es constitutiva de una práctica restrictiva de la competencia, dado que su actuación en Hispapel, que no afecta al mercado interior, estaba encaminada a lograr la entrada en mercados a los que los socios no tenían acceso de forma individual, y no existían mecanismo de prohibición o de coerción, directa o indirecta a la libre iniciativa de los socios de Hispapel para operar en los mismos mercados, pues los socios de Hispapel no son competidores en el mercado de referencia.

CUARTO: La resolución recurrida también imputa a la recurrente una practica anticompetitiva, consistente en la realización de la misma actividad de concertación descrita pero esta vez, con determinados países de la Unión, es decir, afectando, esta vez sí, de manera directa al mercado interior. Estos países son Chipre (desde 2004 a 2010), Malta (desde 2004 a 2008), y Grecia (desde 1995 a 2004).

Es importante destacar que el reproche dirigido por la CNC a la recurrente por realizar las prácticas descritas en estos tres países, también figuraba en el pliego de concreción de hechos.

Los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reseñada anteriormente son también de plena aplicación, cuando el intercambio comercial se produce en el seno del mercado interior y el contexto económico en el que se desarrolla la actividad enjuiciada, permite concluir que la afectación del mercado interior es irrelevante, y en este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, Asunto Beguelin Import Co, 22/71, y de 20 de junio de 1978, Asunto Tepea 28/77, citadas por la recurrente.

En este caso, se llega a dicha conclusión sobre la base de las siguientes consideraciones:

1º. Las exportaciones realizadas por Hispapel a estos tres Estados, representan el 0,01% del mercado comunitario de sobres de papel.

2º. Las ventas realizadas a estos tres Estados son puntuales, pues no se trataba de mercados estables de Hispapel, ya que las distintas empresas que constituían esta entidad también podían operar individualmente en los mismos, como de forma expresa se reconoce en el pliego de concreción de hechos.

3º No existe ninguna prohibición que impida a los socios de Hispapel, la exportación de sobres a los referidos países u otros del espacio económico europeo.

También en este caso debemos concluir que no ha existido práctica restrictiva, pues no se ha adoptado acuerdo alguno de reserva de actividad a favor de Hispapel, lo que implica una total libertad de actuación de los socios en el mercado que, además, se ha hecho efectiva. El pliego de concreción de hechos, de forma explícita



reconoce que las exportaciones realizadas a través de Hispapel, han supuesto menos del 1% del conjunto de sus exportaciones.

En definitiva, ni las normas constitutivas de Hispapel, ni los acuerdos tomados en el seno de la misma en los que ha participado la recurrente, relativos a acuerdos de especialización, determinación de los países en los que era inviable una actuación comercial individual, y establecimiento conjunto de precios de cesión a Hispapel, constituyen una práctica restrictiva de la competencia, subrayándose que los acuerdos adoptados lo han sido en ejecución de los principios puestos de manifiesto, plenamente respetuosos con las reglas de la libre competencia.

Resulta importante precisar, en último lugar, que al concluir que la conducta descrita no es anticompetitiva, el argumento empleado en relación con los porcentajes que hacen referencia a su escaso impacto en el mercado no son contradictorios con la regla establecida en el artículo 2.1 del RDC, pues el descarte previo del carácter ilícito de la conducta, establecido sobre la base de los acuerdos y reglas de constitución de Hispapel, impide la aplicación de dicha norma que se asienta en un presupuesto que en este caso des inexistente, como es la declaración de anticompetitividad de la conducta.

QUINTO: Sustancialmente distinto de las cuestiones hasta ahora analizadas, es la imputación que se realiza a la recurrente en la resolución recurrida, en concreto en su FJ 4, consistente en haber creado una sociedades instrumental, Hispapel, a los efectos de realizar actividades anticompetitivas, en concreto "repartir el mercado y fijar el precio de los sobres exportados a través de Hispapel", es decir, referido a todas las exportaciones, lo que incluye la totalidad de países de la Unión Europea, precisando que toda la información intercambiada en Hispapel, servía a la política de exportación de las empresas y no solo la relacionada con los productos a exportar a través de Hispapel.

En definitiva, la función de Hispapel sería la de facilitar, mediante una puesta en común de todos los aspectos de la comercialización, el acceso a las entidades que la constituían a nuevos mercados, pero ayudando a mantener el statu quo de los mercados ya tradicionales, como el de los países de la UE.

La recurrente reacciona frente a este planteamiento, alegando la existencia de un cambio inmotivado de los hechos imputados, pues ninguna mención se contiene en el pliego de concreción de hechos respecto a un intercambio de información en el seno de Hispapel, configurada así como un instrumento empleado para coordinar la política comercial de sus socios en sus exportaciones a todos los países de la UE. Estima la recurrente que al proceder de este modo, la CNC ha vulnerado de forma específica el artículo 24.2 CE, al adoptar una disposición sancionadora sin base probatoria para ello. La defensa del Estado se remite a la resolución recurrida, sin abordar específicamente esta cuestión.

El examen del expediente administrativo, y más en concreto el informe propuesta remitido el 26 de abril de 2012 por la DI al Consejo de la CNC, sobre el que la recurrente pudo formular alegaciones, pone de manifiesto los siguientes extremos:

1º La DI se refiere en su propuesta a la actividad de Hispapel en relación con la de sus socios, entre los que se encuentra la recurrente, miembro además de su comité ejecutivo.

2º. La actividad de Hispapel se describe, de forma exclusiva, a la exportaciones de determinado tipo de sobres desde España, a un mercado geográfico externo a la Unión Europea, salvo lo concerniente a los Estados de Chipre, Malta y Grecia (puntos, 105, 112, 168, 184, entre otros).

3º El punto cuarto de la propuesta final del informe, en referencia a la recurrente, propone *que sea sancionada, "por la constitución de HISPAPPEL, S.A., desde noviembre de 1981 hasta febrero de 2012 y por los acuerdos de reparto geográfico de mercado, reparto de la producción de sobres de papel para la exportación y fijación de precios de dichos sobres, adoptados en el Comité Ejecutivo de HISPAPPEL desde 1999 hasta febrero de 2012"*

4º. No consta que ninguno de los acuerdos tomados en el seno del Comité Ejecutivo de Hispapel se refiera a una supuesta actividad comercial de la misma en el seno de la Unión Europea, con las excepciones relativas a Malta, Chipre y Grecia.

5º.No obstante, en el apartado 109 del informe-propuesta de la DI de 26 de abril de 2012, se hace una genérica referencia al hecho de que las empresas participantes en Hispapel, en realidad, la habrían utilizado para repartirse los mercados y operar donde no lo hacía ésta, manteniendo el statu quo de los países de la UE.

Por otra parte, la lectura de dicho informe propuesta revela que han existido dos expedientes distintos: el que ha dado lugar a las actuaciones S/0316/10, sobres de papel, que contempla un cártel nacional, y que el que motiva estas actuaciones, que se refiere a una concreta actividad y mercado: exportación de sobres de tipo determinado (tamaño imperial size), a países ajenos a la UE, salvo las exportaciones puntuales a Malta, Chipre y Grecia.



Frente al argumento de la recurrente en el sentido de que de forma inopinada se introduce en la resolución del Consejo una imputación nueva, no presente en fase de instrucción, puede oponerse el apartado 109 del informe propuesta mencionado, que la recurrente pudo rebatir, en el que se hace mención a dicha circunstancia.

No obstante, sí es cierto que toda la instrucción y la prueba practicada se centra en la cuestión relativa a la exportación de Hispapel a países ajenos a la UE, y no se aporta prueba alguna sobre ese eventual intercambio de información sistemático realizado en el seno de las reuniones de Hispapel a que se refiere el citado apartado 109.

En definitiva, la utilización de Hispapel para sus fines propios y además, y esto es lo relevante en este punto, como pantalla para la realización de otras prácticas, estas sí, anticompetitivas, no ha sido objeto de descripción y prueba en fase de instrucción, siendo claramente insuficiente a estos efectos la vaga mención del apartado 109 del informe propuesta. Se ha producido, en consecuencia, la denunciada violación del artículo 24.2 CE .

En estas circunstancias, procede la estimación del recurso en este punto sin necesidad de pronunciarse sobre las restantes cuestiones planteadas.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Administración demandada. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá interponer ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

PUBLICACIÓN.

La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.