



Roj: **SAN 3079/2014 - ECLI: ES:AN:2014:3079**

Id Cendoj: **28079230062014100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2014**

Nº de Recurso: **699/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Pacsa Papelera del Carrión S.L. S. A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eulogio Paniagua García, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de octubre de 2012**, relativa sanción, siendo **Codemandadas** Antalis Envelopes Manufacturing S.L. y Adveo Group International S.A. y la cuantía del presente recurso 122.902 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Pacsa Papelera del Carrión S.L. S. A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eulogio Paniagua García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de octubre de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenidos por reproducidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día seis de mayo de dos mil catorce, continuándose la deliberación en días sucesivos hasta el diecisiete de junio de dos mil catorce en que concluyó.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de octubre de 2012, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 122.902 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.



**SEGUNDO** : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*"PRIMERO.- 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 HISPAPPEL S.A.*

*SEGUNDO.- Declarar a las empresas ... PACSA,PAPELERA DEL CARRION, S.L., y solidariamente a su matriz, MANUFACTURAS TOMPLA, S.A.;..., responsables de la citada infracción.*

*TERCERO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:...*

*- 122.902 euros (ciento veintidós mil novecientos dos euros) a PACSA, PAPELERA DEL CARRION, S.L. Responde solidariamente su matriz, MANUFACTURAS TOMPLA, S.A., por un importe de 122.186 euros (ciento veintidós mil ciento ochenta y seis euros)..."*

**TERCERO** : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

*"PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN, S.L. es una empresa constituida en mayo de 1976 bajo la forma jurídica de sociedad anónima, transformándose en sociedad limitada en 2006, con domicilio social en MONZÓN DE CAMPOS (PALENCIA), que se dedica a la fabricación y manipulación del papel para material de oficina, como cuadernos, blocs de notas, cuadernos escolares, sobres y bolsas de papel.*

*El capital social de PACSA pertenece en un 99,99% desde mayo de 1995 a MANIPULADOS DE MONZÓN, S.L., sociedad perteneciente al GRUPO TOMPLA y controlada, en última instancia, por la empresa matriz del grupo, MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (folio 2592).*

*De acuerdo con la información aportada por la empresa, su cuota de mercado en 2010 en el mercado nacional de sobres está en la horquilla del 0-5%.*

*Desde el año 2000, fecha para la que constan datos, PACSA ha realizado exportaciones a Francia, Reino Unido, Alemania, Andorra y Marruecos, fuera de las realizadas a través de HISPAPPEL, representando las mismas menos del 10% de la facturación de la empresa, salvo en el año 2000 que supusieron más del 25% de las ventas de la empresa.*

*Las exportaciones de PACSA a través de HISPAPPEL, desde el año 2007, han supuesto el 100% de las exportaciones totales, salvo en el año 2010 que han supuesto alrededor de un 15%, ya que nuevamente ha empezado a exportar directamente. Previamente PACSA había fabricado para HISPAPPEL en los años 1982,1983, 1984, 1985 y 1999 (folio 3461). PACSA ha sido accionista de HISPAPPEL desde el año 1981, contando actualmente con un porcentaje de 2,64%."*

Respecto a los hechos imputados, destacamos:

*"Los hechos acreditados en este expediente se basan en la documentación recabada por la DI en la inspección de 19 de octubre de 2010 en la sede de HISPAPPEL, en la información facilitada por las dos solicitantes de reducción del importe de la multa presentadas posteriormente, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la DI a las empresas incoadas.*

*La creación y funcionamiento de HISPAPPEL.-*

*8. Como consta en el punto 1 anterior, la empresa HISPAPPEL fue constituida en junio de 1980 por tres personas físicas vinculadas a las empresas TOMPLA, UNIPAPEL y KANGUROS (antigua ANTALIS) con el objeto de exportar sobres de catálogo, los denominados sobres blancos, a terceros países (folios [...]).*

*9. Los accionistas fundadores de la sociedad mercantil participaron en el capital social de la empresa hasta noviembre de 1981, fecha en la que entraron en el capital social de la empresa los principales fabricantes de sobres de papel de ámbito nacional (folios 49 a 54):*

*- SAM SOCIEDAD ANÓNIMA DE TALLERES DE MANIPULACIÓN.*

*- CORPORACIÓN COMERCIAL KANGUROS, S.A., hasta 2000, que la sucede ANTALIS IBERIA, S.A. hasta 2006 y posteriormente, ANTALIS ENVELOPES MANUFACTURING, S.L.*

*- PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN, S.A.*

*- MANIPULADOS CEGAMA, SOCIEDAD COOPERATIVA, hasta abril de 2008.*

*- MANIPULADOS PLANA, S.A.*

*- SOBRES LUMAN, S.A., hasta enero de 1987.*

- EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A., hasta febrero de 1988.
- SOBRE INDUSTRIAL, S.A., hasta febrero de 1988.
- MANUFACTURAS TOMPLA, S.A.
- UNIPAPEL, S.A.

Posteriormente, entraron en el accionariado de HISPAPPEL otras empresas que solo permanecieron en la misma durante un periodo como GRAMAVI, S.A. (diciembre de 1984 hasta enero de 1987); SIBAR, S.A., (diciembre de 1984 hasta julio de 1994); SOBSA, S.A., (enero de 1985 hasta enero de 1987); SOBRES OLIMPIA, S.A., (enero de 1987 hasta febrero de 1988) y PAPELERA MADRILEÑA, S.A. (febrero de 1995 hasta mayo de 2003).

Los accionistas citados, prácticamente todas las empresas del sector, fueron incorporándose a la empresa en unos porcentajes similares a la cuota de mercado que poseían en ese momento en el mercado nacional del sobre y, en su conjunto, suponían más del 90% de cuota de mercado entre todos ellos.

No obstante, posteriormente el número de accionistas fue disminuyendo y las funciones y objetivos de HISPAPPEL fueron evolucionando. Así, algunas empresas accionistas pasaron a formar parte de grupos multinacionales o fueron adquiridas por otras empresas también accionistas de HISPAPPEL.

Como se recoge en el punto 1 anterior, en el momento de la incoación de este expediente sancionador, tras una operación acordeón, las participaciones accionariales en HISPAPPEL eran las siguientes: ANTALIS ENVELOPES MANUFACTURING (10,12%), MANIPULADOS PLANA, S.A. (4%), MANUFACTURAS TOMPLA (30,84%), PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN (2,64%), SAM SOCIEDAD ANÓNIMA DE TALLERES DE MANIPULACIÓN DE PAPEL (8,60%) y UNIPAPEL, S.A. (43,80%).

Así pues, los accionistas de HISPAPPEL a principios de 2011 tenían en total una cuota de mercado estimada superior al 80%.

Al cierre de la instrucción el GRUPO TOMPLA era el accionista mayoritario de HISPAPPEL, que además de las acciones que ya poseía a través de MANUFACTURAS TOMPLA (30,84%), PACSA (2,64%) y SAM (8,60%), había adquirido las acciones de PLANA (4%) y UNIPAPEL (43,80%), por lo que detenta el 89,88%.

De acuerdo con declaraciones de las imputadas que constan en el expediente (folios 31 a 38 y 82 a 91), HISPAPPEL fue creada en un primer momento, para la exportación de excedentes de sobres de papel de las empresas fabricantes que eran sus accionistas. Según declaran, en el sector siempre ha habido una sobrecapacidad de producción que las empresas fabricantes de sobres de papel no dedicaban al mercado español para no tener que bajar sus precios.

HISPAPPEL comercializa dos tipos de productos: sobres marca HISPAPPEL, que fabrican ANTALIS, UNIPAPEL y el GRUPO TOMPLA, y sobres marca UNIPAPEL, que fabrica exclusivamente UNIPAPEL, los denominados "Premium", y que en un principio se utilizó transitoriamente para completar aquellos pedidos que los socios productores no querían fabricar por razones de rentabilidad. Sin embargo, con el tiempo los productos de la gama UNIPAPEL fueron creando su propia demanda hasta conseguir ser más de un tercio de los productos comercializados por HISPAPPEL, constituyendo alrededor de 100 referencias de un total de 200 comercializadas por HISPAPPEL. Los productos de la serie HISPAPPEL se elaboran específicamente para los mercados en los que opera HISPAPPEL, principalmente Oriente Medio y países cercanos a este territorio de la Unión Europea, siendo en general de una menor calidad que los de la gama UNIPAPEL.

HISPAPPEL no es fabricante y para poder comercializar los sobres de papel requiere que éstos los fabriquen sus accionistas. Es decir, HISPAPPEL no acudía al mercado a adquirir a proveedores sobres de papel a precios competitivos para la exportación, sino que comercializa los sobres de papel que fabrican sus accionistas para HISPAPPEL siguiendo el acuerdo de reparto alcanzado y a los precios de cesión fijados. De hecho, no se tiene constancia de que HISPAPPEL haya realizado ningún pedido a fabricantes que no fueran sus accionistas (folios [...]).

Tal como se recoge en el acta de la inspección realizada en la sede de HISPAPPEL, el personal de la empresa indicó que el objeto social de la empresa es la exportación de sobres a Oriente Medio, actuando "como una oficina comercial" de las empresas accionistas, y así se reconoce por la propia HISPAPPEL en un e-mail recabado en la inspección (folios 17 y 2800).

HISPAPPEL no tiene logística ni almacenaje propio, actuando en la práctica como un mero agente de ventas, utilizando los medios de sus empresas accionistas, siendo el accionista que mayor cantidad haya fabricado para un determinado pedido el que se encarga de almacenar la carga, recoger la de otros fabricantes minoritarios (también accionistas) y fletar el barco que se encargará de llevar la carga.



Las decisiones sobre la gestión diaria de la empresa se toman en el seno del Comité Ejecutivo o Comité de Dirección, tal como indicó el Director General de HISPAPPEL a UNIPAPEL en una carta remitida en abril de 2011 (folios [...]) y como se deduce de los Estatutos sociales de HISPAPPEL en los que se dice que, el Consejo de Administración elegirá entre sus miembros un Comité Ejecutivo, con un mínimo de tres personas, que "actuarán como consejeros delegados".

Como ya se ha indicado, el Comité Ejecutivo o de Dirección de HISPAPPEL desde sus orígenes, ha estado formado por representantes del GRUPO TOMPLA, ANTALIS y UNIPAPEL, (folios 54 y 55) socios vinculados a la fundación de HISPAPPEL, además del Director General de HISPAPPEL, que asistía a las reuniones del Comité Ejecutivo y que desde la constitución de la empresa ha sido desempeñado por la misma persona. Este Comité se reunía una vez al mes o cada dos meses y la convocatoria del mismo solía realizarse en la reunión anterior o a través de correo electrónico cuando alguno de los miembros del mismo así lo requiera (folios [...]).

De las reuniones del Comité de Dirección no se realizaban actas hasta la reunión celebrada el 22 de febrero de 2008. Las actas son elaboradas por el Director General ayudado por personal administrativo de HISPAPPEL, que las enviaba a los miembros del Comité de Dirección. Según ha indicado a la DI tanto los solicitantes de clemencia, como la propia HISPAPPEL, la empresa no tiene más activos que sus empleados, que son el Director General y un Administrador.

Los representantes de las empresas que asistían a las reuniones del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL eran altos directivos de las mismas, (el Director Industrial de ANTALIS, el Director Comercial y el Director de Producción de TOMPLA -en representación tanto de TOMPLA, como de SAM y PACSA-, el Director Comercial y el Director General de UNIPAPEL y el Director General de HISPAPPEL), con los conocimientos de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas, así como con poderes suficientes para representarlas y para tomar decisiones que afectaban a la política comercial no sólo de HISPAPPEL, sino también de sus propias empresas. Estas personas se mantuvieron inalteradas en sus puestos y los cambios producidos respondían a un cambio en los cargos directivos de la empresa accionista. (consta en el expediente relación de los citados cargos, folio [...]).

Tal como ha indicado ANTALIS (folios [...]), en las reuniones del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL se establecían las pautas para las condiciones comerciales que el Director General ofrecería a sus clientes, especialmente los precios a los que se van a vender los productos, acordando unos precios de cesión para todos los modelos de sobres comercializados, que son comunicados al Director General de HISPAPPEL con carácter previo a la formalización de dichos pedidos y que se formalizan en las tablas denominadas "PRECIOS DE CESIÓN ARTÍCULOS HISPAPPEL", relativas a los precios de cesión y asignación de pedidos, que se acordaban en las reuniones de dicho Comité (folio [...]). De acuerdo con la información obrante en el expediente, al menos desde 1999, estas tablas contenían datos descriptivos de los sobres de papel a fabricar por las empresas accionistas de HISPAPPEL y que eran suministrados por éstas a HISPAPPEL para su exportación (referencia, descripción, papel, bobina/corte, gramaje), así como la asignación acordada por dichas empresas en cuanto a la empresa del cártel que fabricaría cada pedido y el precio de cesión acordado para su suministro a HISPAPPEL, indicándose a partir de febrero de 2009 otros datos como los márgenes por familias de productos, las rentabilidades al 10%, 12% o 16%, como se analizará más adelante (Acta del Comité celebrado el 20 de octubre de 2009, folio 1732).

En cuanto a su funcionamiento, después de la obtención de un determinado encargo, el Director General de HISPAPPEL o su ayudante encargaría a una de las empresas accionistas la fabricación del producto, según el reparto asignado previamente. Cuando un encargo no se adaptaba al precio previamente pactado por los miembros del Comité de Dirección de HISPAPPEL, el Director General de HISPAPPEL consultaba a los miembros del citado Comité, si el pedido podía aceptarse en esas condiciones. Es decir, los precios de cesión de los productos no eran inamovibles, ya que podían acordarse descuentos sobre los precios pactados en el seno del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL en las tablas con los precios de cesión (folio [...]).

En el seno del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL se adoptaron, al menos, desde el año 2000 (folio 1083), acuerdos que podrían considerarse restrictivos de la competencia y que se analizarán a continuación, tales como:

- un reparto geográfico del mercado de exportación de sobres, derivado de los pactos de no agresión entre las empresas accionistas de HISPAPPEL;
- un reparto de la producción, y
- una fijación de los precios de los productos comercializados por HISPAPPEL."

**CUARTO** : Continúa la Resolución:

"- Reparto geográfico del mercado de exportación de sobres de papel.-



27. Según ha indicado tanto UNIPAPEL, (folios [...]) como ANTALIS (folios [...]), en las solicitudes de reducción del importe de la multa presentadas por dichas empresas, HISPAPPEL no exporta a países en los que sus accionistas tienen intereses comerciales, de conformidad con el pacto de no agresión alcanzado por las empresas que formaban parte del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL, con intereses en el extranjero.

28. Este pacto de no agresión estuvo presente en los "preceptos fundacionales" o "criterios constitutivos" de HISPAPPEL, a los que se remiten los accionistas de HISPAPPEL en el Comité Ejecutivo, vetando cualquier intento de HISPAPPEL para iniciar prospecciones para realizar exportaciones a países en los que éstas tenían intereses. Así, por ejemplo, en la reunión del Comité de Dirección de HISPAPPEL de 11 de mayo de 2009, se estudió la posibilidad de que HISPAPPEL exportara a Rusia, a lo que el Director General de TOMPLA se opuso, y finalmente se decidió que HISPAPPEL se abstendría, como se indica en el acta de la mencionada reunión (folio 1724):

"Se apunta la posibilidad de utilizar un contacto y realizar una prospección de mercado en RUSIA, (...) dice que dado que TOMPLA ya está presente en ese mercado a través de una de sus filiales habría que estudiar muy bien qué tipo de entrada/producto etc., se llevaría dado que, en principio, su compañía vetaría la entrada de HISPAPPEL en un mercado en el que ya está presente otro Socio siguiendo los preceptos fundacionales de HISPAPPEL."

29. Este veto es confirmado por un correo electrónico de 21 de septiembre de 2009 remitido por el Director General de HISPAPPEL a un potencial cliente, señalando que TOMPLA tenía intereses comerciales tanto en la República Checa, como en Rusia y la imposibilidad, por ello, de facilitar HISPAPPEL el pedido (folio 2868).

"(...) As you know yesterday we had the annual meeting with all the shareholders of Hispapel S.A. and I made the proposition to visit the markets of reference together with Yveta as a guarantee of success for her experience, languages etc., but unfortunately one of the biggest shareholders, "TOMPLA" has a lot of business already in both countries and they put their "VETO" (...)"

30. Igualmente en el correo electrónico remitido el 21 de septiembre de 2009 por HISPAPPEL a los socios miembros de su Comité Ejecutivo, se hace referencia a los ya citados "criterios constitutivos" de HISPAPPEL, indicándose que UNIPAPEL no puede ser competencia de HISPAPPEL en Malta (folio 2905):

"(...) Resolver el asunto de Malta, ya que el criterio de que UNI no puede ser competencia de HISPAPPEL en los países donde está HISPAPPEL ya que forma parte de los criterios constitutivos (...)"

31. Es por este motivo que HISPAPPEL dejó de exportar a Malta, pasando a exportar UNIPAPEL a este país. Ello se deduce de la información aportada por las empresas incoadas y por la propia HISPAPPEL sobre los países a los que se exporta sobres de papel, en contestación a los requerimientos de información realizados por la DI, confirmándose que HISPAPPEL exportaba tradicionalmente a Malta, hasta que dejó de hacerlo en 2009, año que UNIPAPEL empieza a exportar a este país (folios 3262 y 3806 a 3835).

32. Y de acuerdo con información aportada tanto por UNIPAPEL como por ANTALIS en las solicitudes de reducción del importe de la multa presentadas por dichas empresas, ANTALIS también se opuso en otra reunión del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL a que HISPAPPEL extendiera su actividad comercial a Sudáfrica, país donde ANTALIS tenía intereses comerciales (folios 36 y 1021).

33. De hecho, de acuerdo con los datos facilitados por ANTALIS en contestación al requerimiento de información realizado por la DI, desde el año 2001 ANTALIS ha exportado sobres de papel a Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Bostwana, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Marruecos, México, Malasia, Noruega, Países Bajos, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Ucrania (folios 4003.1.1 a 4003.1.30).

34. UNIPAPEL ha exportado desde el 2005, de acuerdo con los datos facilitados por dicha empresa previo requerimiento de la DI, a Alemania, Andorra, Angola, Argelia, Bulgaria, Chile, Estonia, Francia, Grecia, Guinea Ecuatorial, Hong Kong, Japón, Malta, Marruecos, Portugal y Túnez (folio 3262).

35. TOMPLA ha exportado desde 1990, de acuerdo con la información aportada previo requerimiento de información realizado al efecto, a Alemania, Dinamarca, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia (folio 3389).

36. SAM ha exportado desde 2001, de acuerdo con la información aportada previo requerimiento de información de la DI, a Andorra, Angola, Francia, Guinea, Italia, Marruecos, Portugal, Reino Unido y Túnez (folio 3424).

37. PACSA ha exportado desde 2000, de acuerdo con la información aportada a la DI previo requerimiento de información al efecto, a Alemania, Andorra, Francia, Marruecos y Reino Unido (folio 3459).

38. De acuerdo con la información obrante en el expediente, PLANA no ha exportado a otros países salvo las operaciones a través de HISPAPPEL que fueron realizadas entre los años 1984 a 1990 (folios [...]).



39. Desde sus orígenes HISPAPEL ha exportado sobres de papel a Arabia Saudí, Argelia, Barbados, Bahrein, Camerún, Chile, Chipre, Costa Rica, Egipto, Emiratos Árabes, Grecia, Guatemala, Islandia, Israel, Japón, Jordania, Kuwait, Líbano, Malta, Marruecos, Omán, Qatar, República Dominicana, Sudan, Trinidad, Turquía y Yemen (folios 3806 a 3835).

40. La DI en su informe llama asimismo la atención sobre la cláusula de no competencia de dos años incluida en las negociaciones entre TOMPLA y UNIPAPEL en junio de 2011, para comprar las acciones de UNIPAPEL en HISPAPEL y que consta en la carta de TOMPLA a UNIPAPEL de 27 de junio de 2011, aportada por UNIPAPEL (folio [...]):

"(...) c) el compromiso de UNIPAPEL de no competencia en las actividades desarrolladas por HISPAPEL por un periodo mínimo de dos años en los países de Oriente Medio donde opera HISPAPEL, precisamente a fin de que pueda consolidar su actividad bajo la nueva estructura accionarial y el necesario cambio en cuanto a su oferta de productos y marcas (...)."

Respecto del reparto de la producción:

"- Reparto de la producción de sobres de papel para la exportación.-"

41. De acuerdo con la información aportada por UNIPAPEL y ANTALIS en las solicitudes de reducción del importe de la multa presentadas por dichas empresas, UNIPAPEL fabricaba un 60% del producto comercializado por HISPAPEL, ANTALIS produciría en torno a un 35% y el Grupo TOMPLA aproximadamente el 5% restante. Del 60% fabricado por UNIPAPEL para HISPAPEL, a su vez alrededor de un 60% corresponde a productos de la gama UNIPAPEL y el restante 40% a productos de la gama HISPAPEL (folios [...]). Así consta en las tablas denominadas generalmente "PRECIOS DE CESIÓN ARTÍCULOS HISPAPEL", recabadas en la inspección realizada en la sede de HISPAPEL, indicando el reparto de producción y los precios de cesión, así como demás información intercambiada entre las empresas accionistas de HISPAPEL con motivo de las reuniones de su Comité Ejecutivo o de Dirección, al menos desde 1999 hasta 2011 (folios 161 a 825), como ha corroborado ANTALIS en su solicitud de clemencia y de acuerdo con la documentación aportada por dicha empresa, como los albaranes de entrega de ANTALIS a HISPAPEL (folios [...] 1028 y 1196 a 1237).

42. A continuación se relacionan las tablas denominadas generalmente "PRECIOS DE CESIÓN ARTÍCULOS HISPAPEL" que expresamente contienen la columna estableciendo el reparto por fábrica entre las empresas en el Comité Ejecutivo de HISPAPEL, identificándose UNI como UNIPAPEL, CCK como KANGUROS -posteriormente ANTALIS, ANT como ANTALIS, PAC como PACSA. Cada una de estas tablas, que han sido obtenidas en la inspección realizada en HISPAPEL, se encuentran en los folios indicados a continuación:

- 1999: Tablas de julio (folios 632 a 648, 650 a 668, 699 a 735 y 738 a 744) y diciembre (folios 632 a 648 y 650 a 668), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2000: Tablas de mayo (folios 594 a 607 y 610 a 630), agosto (folios 557 a 577 y 588) y octubre (folios 535 a 555), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2001: Tablas de abril (folios 511 a 516 y 518), mayo (folios 476 a 481 y 505 a 509) y agosto (folios 436 a 473) en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2002: Tablas de diciembre (folios 403 a 434), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2003: Tablas de junio (folios 359 a 372 y 374 a 391) y diciembre (folios 352 a 357), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2004: Tablas de febrero (folios 343 a 348), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL.
- 2006: Tablas de febrero (folios 328 a 339) y marzo (folios 311 a 322), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL y las de marzo de 2006 tanto a sobres de papel de la serie HISPAPEL como UNIPAPEL.
- 2007: Tablas de febrero (folios 277 a 289), marzo (folios 295 a 305) y octubre (folios 220 a 233), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL y las de febrero y octubre de 2007 tanto a sobres de papel de la serie HISPAPEL como UNIPAPEL.
- 2008: Tablas de febrero (folios 161 a 163) y marzo (folios 203 a 217), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPEL y las de marzo de 2008 tanto a sobres de papel de la serie HISPAPEL como UNIPAPEL.
- 2009: Tablas de julio (folios 800 a 825), en referencia tanto a sobres de papel de la serie HISPAPEL como UNIPAPEL.

- 2010: Tablas de enero (folios 2952 a 2955), mayo (folios 785 a 787 y 792 a 797) y octubre (folio 3041), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPPEL y las de mayo de 2010 tanto a sobres de papel de la serie HISPAPPEL como UNIPAPPEL.

- 2011: Tablas de mayo (folios 785 a 787 y 792 a 797) y septiembre (folios 2837 a 2847 y 2890 a 2893), en referencia a los sobres de papel de la serie HISPAPPEL y las de septiembre de 2011 tanto a sobres de papel de la serie HISPAPPEL como UNIPAPPEL...

44. Esta sistemática en la especialización de la producción se recoge en las actas de las reuniones del Comité Ejecutivo HISPAPPEL, como en la del 30 de abril de 2008 (folio 1592):

"B) Reparto cartera entre fabricantes e importe de las compras a fábricas:

Presentamos una tabla de Excel en la que consta como se ha repartido la cartera obtenida en el viaje según lo que fabrica cada socio así como el importe total a precio de cesión de las compras a las fábricas. Cada socio la revisa sin ninguna observación especial."

45. Cada empresa mantenía una relación estable con HISPAPPEL, manteniendo el nivel de ventas acordado por las empresas participantes en el cártel, como se constata en el correo electrónico remitido por el Director General de TOMPLA a HISPAPPEL el 18 de noviembre de 2008, indicando lo siguiente (folio 2796):

"(...) Me piden para dar los presupuestos del Grupo (especialmente de SAM y PACSA) que les confirmemos que en el año 2009, recibirían un nivel similar de compras por parte de Hispapel.

Las he dicho que SI, pero ¿Qué opináis? (...)"

46. Asimismo cada empresa mantenía unas referencias fijas que eran las que realizaban para HISPAPPEL, como se constata en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la DI solicitando las referencias fabricadas para HISPAPPEL.

47. Así, PACSA indicó que había fabricado para HISPAPPEL desde el 2007, de acuerdo con los datos disponibles, las siguientes referencias de sobres de papel: en los años 2007 y 2010, SB80I.GREY, SB80I.BLUE, SB80 W I.BLUE LB, SB80 W I. GREY LG y en los años 2008 y 2009, SB80I.GREY, SB80I.BLUE, SB80 W I.BLUE LB, SB80 W I. GREY LG, SB100G y SB80 W I. GREY R G, (folio 3463).

48. SAM, en contestación al requerimiento de información, indicó que había fabricado para HISPAPPEL desde el 2007, de acuerdo con los datos disponibles, las siguientes referencias de sobres de papel: en el año 2007, SB80I.GREY, SB80I.BLUE, SB80 W I.BLUE LB, SB80 W I. GREY LG, SB80 W I.GREY RG, B16 100, B16 100 DEX, B16 120 DEX, M16 90, M16 90 DEX, M16 120, M16 120 DEX; en el año 2008, B16 100 DEX, B16 120 DEX, M16 90 DEX, M16 120 DEX y en el año 2009, B16 100 DEX, B16 120 DEX, M16 90 DEX, M16 120 (folio 3428).

49. TOMPLA, en contestación al requerimiento de información realizado por la DI, indicó que había fabricado para HISPAPPEL en 2010, de acuerdo con los datos disponibles, la referencia CB300400 (folio 3393).

50. UNIPAPPEL, en contestación al requerimiento de información, comunicó que, de acuerdo con los datos disponibles, desde el 2005 había fabricado para HISPAPPEL, 73 referencias de la serie HISPAPPEL y 279 de la serie UNIPAPPEL (folios 3264 a 3271).

51. ANTALIS ha fabricado para HISPAPPEL desde el 2001, de acuerdo con los datos disponibles, el siguiente número de referencias por año de la serie HISPAPPEL: 40 en el año 2001, 73 en el año 2002, 78 en el año 2003, 88 en el año 2004, 94 en el año 2005, 125 en el año 2006, 63 en el año 2007, 45 en el año 2008, 40 en el año 2009 y 43 en el año 2010, (folios 4003.1.1 a 4003.1.30).

52. Los ajustes en el reparto de los sobres de papel a producir para su exportación a través de HISPAPPEL se han seguido realizando incluso después de la incoación de este expediente. Así, tras la decisión comunicada por ANTALIS a las demás empresas del cártel de dejar de fabricar sobres de papel para HISPAPPEL, UNIPAPPEL y el Grupo TOMPLA, se repartieron la producción asignada a ANTALIS, como se constata en el correo electrónico de 1 de diciembre de 2010 remitido por HISPAPPEL a SAM, UNIPAPPEL y TOMPLA (folio [...]):

"(...) Me parece muy bien los dos tamaños que habéis elegido pues así queda bastante equilibrado el reparto de las nuevas cantidades a fabricar.

"(...) Por supuesto te confirmo que podéis hacer esas medidas y más adelante cuando podamos tener comunicaciones más fluidas los miembros del comité podréis comentar si conviene seguir así o estudiar otras maneras de reparto si fuera necesario (...)"

Y, en relación con la fijación de precios, se afirma:

"- Fijación de precios.-

53. Las empresas que formaban parte del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL, también acordaban los precios de cesión de los sobres que fabricaban para HISPAPPEL, actualizándose a lo largo de los años dichos precios de cesión según los incrementos de los costes de producción que se comentaban abiertamente en el citado Comité, tanto en relación con la serie HISPAPPEL, como para la serie UNIPAPPEL a partir de 2009 (folios 80 y 1025).

54. De la información que obra en el expediente, especialmente, de las actas elaboradas por HISPAPPEL de las reuniones de su Comité Ejecutivo, se constata que en todas estas reuniones, que habitualmente se celebraban con periodicidad mensual, se valoraban aspectos de los precios de cesión, de acuerdo con las tablas que habían sido previamente remitidas a los miembros de dicho Comité, acordándose finalmente los nuevos precios de cesión a aplicar a HISPAPPEL y la fecha de entrada en vigor de la nueva tarifa que se actualizaba, variaba una o dos veces al año. Así se indica en la documentación obrante en el expediente, en concreto, los faxes y/o correos electrónicos remitidos por UNIPAPPEL o HISPAPPEL a las demás empresas miembros del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL, indicando la fecha de aplicación de las nuevas tarifas de los precios de cesión:

"Ante la dificultad de convocar un comité de HISPAPPEL y la necesidad urgente de repercutir los nuevos costes de la materia prima, los miembros del comité, (...) pensamos que es imprescindible la aplicación de estos nuevos precios que te adjuntamos a partir del próximo día 1 de mayo". [Fax remitido por UNIPAPPEL a HISPAPPEL el 24 de abril de 2000, (folio 608)].

"(...) Te adjunto la nueva Tarifa de Precios de Cesión, para productos de serie de Hispapel, en vigor desde el 23 de Febrero de 2004. Por favor, házsela llegar a los colegas como en ocasiones anteriores (...)"

[Correo electrónico de 26 de febrero de 2004 enviado por UNIPAPPEL a HISPAPPEL, con asunto "TARIFA FEBRERO 2004", (folio 343)].

"(...) En principio y salvo instrucciones en contrario, los precios son de aplicación desde el 15 de febrero de 2007 (...)"

[Correo electrónico de 9 de febrero de 2007 remitido por HISPAPPEL a UNIPAPPEL, TOMPLA y ANTALIS, con asunto "NUEVA TARIFA PRECIOS CESIÓN HISPAPPEL", (folio 290)].

55. Tradicionalmente era UNIPAPPEL la encargada de elaborar estas tablas, tanto las relativas a precios de cesión de los productos marca HISPAPPEL como de los productos "Premium" de UNIPAPPEL, y de modificarlas según lo acordado en las reuniones del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL, encargándose personal de HISPAPPEL de su difusión al resto de las empresas del cártel, como se constata tanto en la documentación recabada en la inspección de HISPAPPEL como de la información aportada por ANTALIS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio [...]).

56. Así, en el correo electrónico remitido por UNIPAPPEL a HISPAPPEL el 28 de abril de 2001, remitiendo la nueva tarifa para los productos de la gama HISPAPPEL Ejecutivo de HISPAPPEL (folio 510):

"(...) Adjunto te remito la nueva Tarifa Hispapel con fecha de aplicación 1 de Mayo de 2001. En este caso, solo están incluidas las referencias de serie Hispapel; tan pronto tenga los nuevos precios de serie Unipapel te enviaré la tarifa completa.

«HSP0501.XLS»

Los nuevos precios así como los cambios en las fabricaciones de corte a bobina, según lo acordado por el Comité, están calculados para las fabricaciones mínimas indicadas en la última columna. Tenedlo en cuenta a la hora de cursar los pedidos (...)"

57. Antes de las reuniones del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL, personal de dicha empresa enviaba las tablas de los precios de cesión que iban a ser acordados por los miembros del citado Comité, junto con la documentación que acompañaba a las mismas, como se constata en el correo electrónico remitido por HISPAPPEL a UNIPAPPEL, TOMPLA y ANTALIS, remitiendo las tablas de precios de cesión (folio 290):

"(...) Os adjuntamos la nueva Tarifa de precios de cesión para artículos de Hispapel (Libro 2), así como la lista de precios del papel actualizada.

En principio y salvo instrucciones en contrario, los precios son de aplicación desde el 15 de febrero de 2007 (...)"

Y así se indica en las propias actas del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL (folio 1732):

"(...) Estos informes ya habían sido anticipados por mail (...)"

58. No obstante, a partir del 21 de enero de 2010 se decidió en el seno del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL que las tablas, con los precios de cesión de la serie HISPAPPEL, serían elaboradas a partir de dicho momento por HISPAPPEL, dejando UNIPAPPEL de elaborarlas, aunque UNIPAPPEL siguió elaborando las tablas con los precios



de cesión de la serie UNIPAPEL para HISPAPPEL. Así se corrobora en el correo electrónico de 27 de enero de 2010, remitido por HISPAPPEL a los miembros de su Comité Ejecutivo con motivo de la próxima reunión que iba a celebrarse de dicho Comité (folio 2052, 4187 y 4188):...

59. Y se confirma en el correo electrónico remitido el 1 de marzo de 2011 por HISPAPPEL a UNIPAPEL, indicando expresamente el precio de cesión acordado para la serie HISPAPPEL desde el 1 de octubre de 2010 (folios [...]):

"(...) Aunque antiguamente efectivamente eráis vosotros los que nos proporcionabais los precios de cesión de acuerdo a una tabla Excel confeccionada por (UNIPAPEL), desde mayo de 2010 y por consenso del Comité HISPAPPEL en el que os representa (DIRECTOR GENERAL UNIPAPEL), hay una nueva tabla de precios de cesión para los artículos de la SERIE HISPAPPEL, y de acuerdo a la tarifa vigente para todos los Socios (la finalidad es que fabrique quien fabrique facture lo mismo a HISPAPPEL por idéntica referencia fabricada) desde el 1/10/2010 el precio de cesión es de 7,55 €/millar (...)"

60. Habitualmente las tablas con los precios de cesión se modificaban por las empresas del cártel en el seno del Comité Ejecutivo de HISPAPPEL cada vez que se producía un cambio en alguno de los componentes del precio, normalmente, el precio del papel, que es el que más peso tiene, para determinar el precio de los sobres de papel, tanto al alza como a la baja, acordando en qué porcentaje se trasladaría dicho incremento al precio de cesión, aunque también se valoraban otros conceptos como las colas, tintas, celofán, maquinaria de bobinas, maquinaria de cortes, etc.

61. Por ello algunas tablas de precios de cesión que se encontraron en formato papel en la inspección de la sede de HISPAPPEL iban acompañadas por tablas referidas a los precios del papel (folios 219, 294, 306, 307, 402, 475, 519, 533, 589), como se constata en el correo electrónico remitido el 9 de febrero de 2007 por HISPAPPEL a UNIPAPEL, TOMPLA y ANTALIS con asunto "NUEVA TARIFA PRECIOS CESIÓN HISPAPPEL", recabado en la inspección de HISPAPPEL (folio 290):

"(...) Os adjuntamos la nueva Tarifa de precios de cesión para artículos de Hispapel (Libro2), así como la lista de precios del papel actualizada".

62. Esta fijación de los precios se constata en el correo electrónico remitido el 7 de febrero de 2007 por UNIPAPEL a TOMPLA, ANTALIS e HISPAPPEL, recabado en la inspección de HISPAPPEL (folios 292 y 293):

"(...) En el último comité acordamos los valores base para la revisión de los precios de cesión:

Blanco bobina: 720 €/Tm

Blanco hoja: 780 €/Tm

Krafft bobina: 680 €/Tm

Krafft hoja: 760 €/Tm

Máquinas: +2,1 %

Resto conceptos: sin cambios

Para los papeles color y verdurado, a la vista de los precios propongo no tocarlos.

También hablamos en el comité de que la variación de costes de cesiones para Hispapel debería estar en el 3,5 a 4,0%,

Aplicados los valores a la matriz de cálculo de precios, hemos obtenido v variaciones muy fuertes de precios de cesión en los productos de krafft. Al ser bolsas, y especialmente en los tamaños grandes, la subida del 9,67% en el precio del papel se traducía en subidas de hasta un 7% en las cesiones de productos muy importantes,

Hablado este problema con (director de producción de Antalis, dado que Antalis es el otro fabricante importante de estos productos, hemos acordado fijar un precio político como valor base para el papel krafft dejándolo en:

Krafft bobina; 650 €/Tm

Krafft hoja; 730 €/Tm

De esta forma la variación en las cesiones es mucho más moderada) con muy pocos incrementos por encima del 4% y una media de incrementos del 3,15% (media lineal, no ponderada con cantidades), Si estáis de acuerdo, (HISPAPPEL) nos difundirá a todos los nuevos precios, para los que propongo una fecha de aplicación del 15 de febrero (...)"

63. Casi en las mismas fechas el año anterior se indica lo siguiente en el correo electrónico remitido por UNIPAPEL el 10 de febrero de 2006 a TOMPLA, ANTALIS e HISPAPPEL (folios 309):



"(...) Hemos terminado de confeccionar la nueva Tarifa de Precios de Hispapel, conforme a los incrementos de materias primas acordados en el último comité de Hispapel:

Papel: + 0%

Colas: +1,5 %

Tintas: + 2,0 %

Celofán: + 2,0 %

Maq. Bobina 6.0 %

Máq. corte + 4%

En cuanto a producto terminado, la subida de precios está en una media del 2%.

El fichero completo de precios por referencia Sé lo enviamos a Luis para Su revisión antes de la puesta en marcha definitiva. Os propongo entre en vigor el día 1 de Marzo de 2006"...

68. De acuerdo con la información obrante en el expediente, el precio de cesión a HISPAPEL venía aplicándose desde la constitución de HISPAPEL, aunque la primera tabla que obra en el expediente data de 1999, habiendo corroborado ANTALIS en su solicitud de clemencia que al menos desde el año 2000, estas tablas se valoraban en el seno del Comité de Dirección de HISPAPEL (folios [...])..."

**QUINTO** : La recurrente articula su defensa sobre tres ideas básicas, la primera, la prescripción de la infracción, la segunda la falta de prueba de los hechos y la tercera la licitud de la conducta.

En la demanda, la propia actora describe las circunstancias por las que considera que ha prescrito la infracción: existe un primer periodo en el que la actora participó en los hechos como accionista de Hispapel, hasta el 21 de enero de 1987. En esa fecha abandona Hispapel, a la que vuelve el 27 de enero de 1995 tras ser adquirida por Tompla. Pues bien, si desde el 27 de enero de 1995 la recurrente se integró en Hispapel, a través de Tompla, y hasta el inicio de las actuaciones de la CNC, es evidente que, al menos el segundo periodo no estaría prescrito.

La prueba plantea dos cuestiones, la relativa a su valoración y la prueba de indicios.

La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la 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 S.A.

Estos hechos, en palabras de la propia Resolución, que resulta *acreditados en este expediente se basan en la documentación recabada por la DI en la inspección de 19 de octubre de 2010 en la sede de HISPAPEL, en la información facilitada por las dos solicitantes de reducción del importe de la multa presentadas posteriormente, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la DI a las empresas incoadas.*

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la confesión de los hechos de algunas implicadas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado y que la recurrente participó en un acuerdo. Cuestión distinta es la calificación jurídica del acuerdo.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del Derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos, y la propia confesión de algunas implicadas -, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.



c. *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

d. *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e. *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

Ahora bien, como decíamos anteriormente, la actora sostiene que la conducta es lícita, ya que lo que se pretendía con los acuerdos era exportar a países donde las empresas accionista de Hispapel no podían exportar por sí mismas. En términos de la propia actora, Hispapel era una *oficina comercial* o *agente de ventas*. Lo que se nos viene a decir, en realidad, es que Hispapel era una central de ventas para la exportación.

Recordaremos algunas reflexiones ya realizadas anteriormente sobre las centrales de ventas.

Las centrales de ventas responden al principio de cooperación entre empresarios y pertenecen a una tipología empresarial que la doctrina científica ha venido en denominar empresa conjunta o joint venture, basada en un acuerdo comercial, sin necesidad de constituir una entidad separada, y caracterizada por una alianza estratégica o comercial. Siendo una figura importada del Derecho de USA y UK, ha sido recibida en Derecho Europeo. En nuestro país la figura se ha construido con la aportación de la doctrina científica sobre contrato de cuentas en participación (Fernández de la Gándara, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullina, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albesa, Gual Dalmau, Vicent Chuliá, entre otros).

Podemos afirmar que los elementos esenciales de todos los tipos de joint venture son, 1) la participación de dos o más empresas, 2) una empresa común, y 3) control conjunto de esta última.

Las empresas participantes pueden ser personas físicas o jurídicas, que realizan una actividad económica o empresarial independiente.

La empresa común puede encontrarse estructurada en una forma jurídica, cualquier forma societaria, o no revestir forma jurídica alguna ni entidad económica alguna separada, en este último caso sólo es necesario que las empresas participantes colaboren al fin propuesto sobre una base de un acuerdo obligacional - típico o atípico -.

Las empresas participantes han de ejercer el control sobre las funciones desarrolladas por la alianza.

Pasaremos a examinar el tratamiento de esta figura económica en Derecho Europeo.

Ya en la Decisión de la Comisión Henkel/Colgate de 23 de diciembre de 1971, la perspectiva desde la que se abordó la alianza estratégica de empresas partía de la figura de la Empresa en Participación - sobre esta figura se recibió en Europa el joint venture del Derecho anglosajón -, que se mantiene en Decisiones y Comunicaciones posteriores.

Así en la Comunicación 90/c 203/06, y analizando el artículo 3 del Reglamento (CEE) n° 4064/89, la Comisión examina la figura de la concentración afirmando que *"este término sólo se aplica a las operaciones que impliquen una modificación permanente de las estructuras de las empresas participantes. En cambio, el Reglamento no se aplica a las operaciones que sólo tengan por objeto o efecto coordinar las actividades competitivas de empresas que sigan siendo independientes entre sí. Las operaciones de este tipo son de carácter cooperativo y, en consecuencia, deberán evaluarse con arreglo a las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 17, o de los Reglamentos (CEE) n°s 1017/68 (3), 4056/86 o 3975/87 (5). Lo mismo sucederá con operaciones en las que se dé a la vez un cambio estructural permanente y una coordinación de su actuación competitiva, si ambos factores son inseparables."*

Al analizar las empresas en participación, la Comisión parte de un sistema estructurado de alianza estratégica o comercial y reconoce el elemento de control como esencial a la figura, así, podemos leer en la citada Comunicación: *"El párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento habla de dos tipos de empresa en participación aquellas que tienen por objeto o efecto coordinar las actividades competitivas de empresas que conservan su independencia («empresas en participación de cooperación») y las que llevan a cabo de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma y no dan lugar a una coordinación mutua o entre ellas y la empresa en participación («empresas en participación que suponen una concentración»). Las últimas constituyen concentraciones en sentido estricto y están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento... Una EP debe ser una empresa, esto es, una organización de recursos humanos y materiales que persigue un objetivo a largo plazo. Control por otras empresas"*

Respecto de las normas sobre concentración la citada Comunicación afirma: *"Para que una EP sea considerada concentración, deberá cumplir todos los requisitos previstos en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3, que establece un requisito positivo y otro negativo:*



*Requisito positivo: la EP ha de desempeñar de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. Para cumplir este requisito, la EP ha de actuar en el mercado como proveedor o comprador independiente...*

*Requisito negativo: falta de coordinación de la actuación competitiva*

*Una EP, sin perjuicio de lo dispuesto en el primer apartado de la presente Comunicación, sólo podrá ser considerada una concentración, con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3, si su objeto o efecto no supone la coordinación competitiva de empresas que continúan siendo independientes entre sí."*

En esta Comunicación por tanto, se parte de la existencia de una estructura, y se analiza la posibilidad de someter dicha estructuración a las normas sobre concentración.

La Comunicación 93/c 43/02, continúa en la perspectiva de la existencia de una estructura en la cooperación empresarial, definiendo la empresa en participación como una forma particular e institucionalizada de cooperación entre empresas, en cualquier actividad económica, incluyendo la distribución.

La Comunicación 94/c 385/01, tiene igualmente por objeto la interpretación del Reglamento (CEE) n° 4064/89, y sustituye a la del año 90 antes citada. También esta Comunicación parte del concepto de Empresa en Participación, caracterizada por estar controlada en común por dos o más empresas, y por abarcar una amplia gama de operaciones, desde concentraciones hasta aspectos concretos, como I D, producción o distribución.

También la Comunicación c 66 de 2 de marzo de 1998, relativa al concepto de empresa en participación, parte de la articulación estructural de la cooperación entre empresas. Se afirma en dicha Comunicación: "*La presente Comunicación sustituye a la Comunicación sobre la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo. Las modificaciones introducidas en la presente Comunicación son fruto tanto de las modificaciones del Reglamento sobre concentraciones como de la experiencia adquirida por la Comisión en la aplicación del Reglamento desde su entrada en vigor, el 21 de septiembre de 1990*"

Se admite la figura de la cooperación empresarial al margen de la concentración, pero siempre desde la perspectiva de una estructura de la alianza estratégica o comercial entre empresas.

Esta perspectiva de la estructura en la cooperación empresarial, se abandona en la Decisión de la Comisión de 11 de agosto de 1999 KLM/Alitalia.

Pero es en la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal Texto pertinente a efectos del EEE (Diario Oficial n° C 011 de 14/01/2011 p. 0001 - 0072), donde el análisis de las figuras de cooperación horizontal, aparece desconectada de una estructura empresarial.

Podemos concluir que en la evolución del concepto de joint venture en la recepción realizada por la Comisión, se parte de la necesidad de una estructura previa para finalmente admitir la figura basada en la sola alianza estratégica o comercial.

A los efectos de los hechos que analizamos, y toda vez que aparecen figuras asociativas en la constitución de la central de ventas, estas responden a una cooperación estructural admitida, como hemos visto, por la Comisión. Pero que esta estructura exista o no, es irrelevante para analizar la naturaleza jurídica de la central de ventas, porque como hemos visto, la estructura no aparece como requisito en reciente elaboración del concepto por la Comisión.

Veamos ahora el tratamiento que la Comisión da a la cooperación entre empresas competidoras a la luz de las normas de protección de la libre competencia.

Como antecedente, un amplio planteamiento de la cuestión se contiene en la Comunicación 93/c 43/02, que trata diversas tipologías de cooperación entre competidores. En lo que ahora interesa, señala en su apartado 38, "*Las EP de venta de productos de fabricantes competidores reduce la competencia entre los fundadores en tanto que vendedores, y limitan las posibilidades de elección de los fundadores. Son carteles horizontales, que, en principio, quedan dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, cuando afectan al mercado de forma sensible*"

En el apartado 42 se afirma, "*Las EP entre competidores, a las que normalmente procede aplicar la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas, también deben ser objeto de un análisis para determinar si, en las circunstancias concretas de cada caso, tienen por objeto o por efecto, impedir, restringir o falsear la competencia. No ocurre así cuando la cooperación en el marco de la EP puede considerarse, de forma objetiva, como la única posibilidad que tienen los fundadores de penetrar en un mercado o de mantenerse en el mercado actual, con tal que su presencia refuerce la competencia o impida su debilitamiento. Si se cumplen tales condiciones, la EP no*



*restringe la competencia real ni impide ninguna competencia potencial. Consecuentemente, no será aplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85"*

Por último en el apartado 60, podemos leer : *"Las EP de ventas forman parte de los cárteles horizontales clásicos. En general tienen por objeto o por efecto la armonización de la oferta de productores competidores. No sólo eliminan la competencia de precios entre los fundadores sino que, mediante un sistema de reparto de pedidos, también limitan las cantidades suministradas. Por esta razón, la Comisión se inclina en principio a valorar negativamente las EP de venta. Por el contrario la Comisión se muestra favorable en aquellos casos en que la distribución en común de los productos contractuales forma parte de un proyecto global de cooperación para cuyo éxito resulta indispensable y que merece un trata favorable en virtud del apartado 3 del artículo 85..."*

Pues bien, ya en la Comunicación de 1993, que hemos examinado como antecedente, se perfila el concepto de central de venta - EP de ventas en la terminología de la Comisión -, como a) un cártel horizontal clásico, b) armoniza la oferta de productores competidores, c) eliminan la competencia de precios, y d) limitan las cantidades suministradas mediante un sistema de reparto de pedidos; por ello, fijación de precios y reparto de pedidos entre los productores fundadores de la EP de ventas, son elementos que normalmente aparecen o pueden aparecer para que esta exista y pueda cumplir su finalidad económica, que no es otra que la distribución de los productos en el mercado.

El análisis de la evolución de la doctrina elaborada por la Comisión nos ha llevado a la afirmación de que los hechos enjuiciados han de ser calificados como una alianza estratégica o comercial, o joint venture o empresa en participación de distribución. Realizada la exposición de los hechos y la calificación de los mismos, hemos de analizar las normas generales sobre competencia que son de aplicación, y para ello hemos de examinar la posición de la Comisión reflejada en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Se contienen en la Comunicación de la Comisión, Diario Oficial nº C 011 de 14/01/2011 p. 0001 - 0072:

*Objeto : "Las presentes Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [\*] (denominado en lo sucesivo el " artículo 101") de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (denominados en lo sucesivo colectivamente "los acuerdos") relativos a la cooperación horizontal." -El artículo 101 es idéntico al 81 del TCEE , y por ello la posición que examinaremos es aplicable al supuesto que enjuiciamos -.*

*Sujetos : "Una cooperación tiene "naturaleza horizontal" cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales."*

*Fundamento : "Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación."*

*Competencia : "Por otra parte, los acuerdos de cooperación horizontal pueden plantear problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos."*

La Comisión admite las ventajas de la cooperación horizontal, pero es consciente igualmente de los problemas competenciales que plantea, y por ello las Directrices persiguen ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales, basado fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto.

Los tipos contemplados son acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información. De tal tipología nos interesan exclusivamente los acuerdos de comercialización de que se trata en el apartado 6.

*Definición : Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos.*

*Contenido : Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio.*



*Ámbito* : Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas .

*Evaluación* : 230. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización.

231. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar la limitación de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta....

233. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información estratégica relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes -en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios - lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

*Restricciones por objeto* : 234. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

*Poder de mercado* : 240. Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

241. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, no estará amparado por la salvaguardia regulatoria del punto 240 y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta.

El artículo 101.3 del TFUE establece - en forma idéntica al anterior 81 -:

"3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

Al analizar la incidencia de la conducta en relación a este precepto, la Comisión afirma:

*Mejoras de eficiencia* : 246. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.

*Carácter indispensable* : 249. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.



*Beneficio para los consumidores : 250. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Esto puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.*

Recuerda igualmente la Comisión, que tales prácticas están exentas cuando sea necesario para acceder a un mercado, y aún con una cuota de mercado mayor del 15% cuando ello sea imprescindible para acceder a dicho mercado.

Como elementos generales para la evaluación, la Comisión cita los siguientes:

1.- *El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares.*

2.- *En ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. No obstante, las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva [22]. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101 [23]. Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 cuando la legislación nacional requiere conducta anticompetitiva de las empresas o si con posterioridad establece un marco legal que excluye toda conducta competitiva de las empresas [24]. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas y éstas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción de dicho artículo o si las autoridades públicas ejercen una presión irresistible sobre ellas para que lo hagan [25]. Cada asunto debe evaluarse en su contexto fáctico según los principios generales establecidos en las presentes Directivas.*

3.- *Restricciones de la competencia por el objeto: 24. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1 [27]. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado [28]. 25. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis [29]. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto .*

4.- *Por lo tanto, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves [31].*

5.- *Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia.*

6.- *La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:*

*- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;*

*- las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;*

*- debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del*



acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo, a efectos de las presentes Directrices, el concepto de "consumidores" abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo [37]; y que

- el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Analizaremos ahora las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado a la vista de los criterios expuestos.

**SEXTO** : Los criterios señalados por la Comisión, en lo que ahora interesa, pueden sintetizarse: 1.- necesidad de constituir la central de ventas para introducir o mantener los productos en el mercado así como las restricciones impuestas, 2.- poder de mercado, y 3.- beneficio para los consumidores.

**1 .- Necesidad de constituir la central de ventas .** La CNC declara en lo hechos probados : "*HISPAPEL no es fabricante y para poder comercializar los sobres de papel requiere que éstos los fabriquen sus accionistas. Es decir, HISPAPEL no acudía al mercado a adquirir a proveedores sobres de papel a precios competitivos para la exportación, sino que comercializa los sobres de papel que fabrican sus accionistas para HISPAPEL siguiendo el acuerdo de reparto alcanzado y a los precios de cesión fijados. De hecho, no se tiene constancia de que HISPAPEL haya realizado ningún pedido a fabricantes que no fueran sus accionistas (folios [...]).*

*Tal como se recoge en el acta de la inspección realizada en la sede de HISPAPEL, el personal de la empresa indicó que el objeto social de la empresa es la exportación de sobres a Oriente Medio, actuando "como una oficina comercial" de las empresas accionistas, y así se reconoce por la propia HISPAPEL en un e-mail recabado en la inspección (folios 17 y 2800)."*

De lo expuesto en la Resolución impugnada, resulta razonablemente, que los productores - accionistas Hispapel - individualmente no podrían introducirse o mantenerse en el mercado de sobres de Oriente Medio, sin agruparse, para su distribución, en una central de ventas.

El acuerdo en los precios, cuota de cada productor y demás condiciones comerciales, aparecen como restricciones necesarias para la venta de un producto idéntico. Por lo tanto el precio de venta de productos idénticos y comercializados por una misma entidad, ha de ser necesariamente idéntico, como también han de serlo las restantes condiciones comerciales. También aparece imprescindible ante la homologación del producto, la atribución de cuotas a los productores dependiendo de la demanda.

En lo que se refiere a Chipre, Malta y Grecia, Hispapel permaneció en estos países hasta que alguna accionista comenzó a operar en tal país. Por otra parte no se ha acreditado restricción de la competencia en tales países.

**2 .- Poder de mercado .** Es evidente que las centrales de ventas concentran un porcentaje altísimo de la producción de sobres. Ahora bien, tratándose de una central de ventas, el poder de mercado ha de ponerse en relación con el ámbito geográfico y de producto respecto del que la venta se realiza.

Desde esta perspectiva, el poder de mercado, como se alude en la demanda, habría que analizarlo en el lugar de la exportación, fundamentalmente Oriente Medio, que es donde opera la central de ventas. Nada se dice sobre este particular en la Resolución.

En el mercado de la exportación no puede reconocerse un poder de mercado a la central de venta suficiente para limitar o falsear la libre competencia, pues ello no se ha acreditado.

Tampoco se ha acreditado poder de mercado en relación a la venta en países de la UE.

**3 .- Beneficio para los consumidores .** Al margen de que las centrales de ventas hacen posible que acceda al mercado productos de productores menores que, de no existir, tendrían una muy difícil, por no decir imposible, comercialización fuera de los mercados locales, lo cierto es que, tanto en la demanda como en la resolución, se insiste que la finalidad de Hispapel era exportar a lugares donde era imposible para los accionistas por separado. Recuerda la resolución que *desde sus orígenes HISPAPEL ha exportado sobres de papel a Arabia Saudí, Argelia, Barbados, Bahrein, Camerún, Chile, Chipre, Costa Rica, Egipto, Emiratos Árabes, Grecia, Guatemala, Islandia, Israel, Japón, Jordania, Kuwait, Líbano, Malta, Marruecos, Omán, Qatar, República Dominicana, Sudan, Trinidad, Turquía y Yemen.*

Toda vez que Hispapel es una central de ventas para operar donde no pueden hacerlo las accionistas, se explica que se retirase de Malta ya que en ella operaba Unipapel.

No hay duda que Hispapel es una empresa creada para comercializar los productos fabricados por los accionistas en lugares donde estos no podían entrar por si mismos, por ello nunca operaba en un mercado donde existiese un accionista.



Para concluir, hemos de recordar las afirmaciones del Tribunal General en su sentencia de 24 de mayo de 2012, en el asunto T- 111/08 , respecto de las restricciones accesorias:

*"77 El concepto de restricción accesoria cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto ( sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/ Comisión, T 112/99 , Rec. p. II 2459, apartado 104).*

*78 Por restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal hay que entender toda restricción subordinada en importancia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con ésta última (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 105).*

*79 Por su parte, la condición relativa al carácter necesario de una restricción implica el examen de dos extremos. Por una parte, se debe analizar si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y, por otra, si es proporcionada a tal efecto (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 106)."*

Las restricciones competenciales respecto del precio y cuota de cada productor y uniformidad de condiciones comerciales, están directamente vinculadas a la operación principal, que es la venta conjunta. Estas restricciones son objetivamente necesarias a la operación principal - venta conjunta del producto -, y son proporcionadas, al no alcanzar más que los acuerdos estrictamente vinculados a la venta del producto.

Hemos de concluir que las conductas encaminadas a negociar, constituir y funcionar las centrales de ventas se encuentran amparadas por la exención del artículo 101 del TFUE - antes artículo 81 del TCEE -, siempre que se cumplan los requisitos antes examinados, y por lo tanto son ajustadas a Derecho. No sólo no puede imponerse sanción sobre ellas, sino que tampoco puede impedirse su realización.

Por último, y siguiendo los criterios de la Comisión toda vez que las centrales de venta que examinamos son estructuradas, nada impide su examen a la luz de la regulación sobre concentraciones, pero esa es una cuestión completamente ajena al presente recurso.

**SEPTIMO** : De lo expuesto resulta la estimación del recurso.

Toda vez que la cuestión controvertida es compleja, no procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Pacsa Papelera del Carrión S.L. S. A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eulogio Paniagua García, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de octubre de 2012** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** , sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## Voto particular que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 27 de junio de

2.014 pronunciada en el recurso nº699/2012, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, sin embargo, lamento tener que discrepar con el parecer de la mayoría respecto de los motivos de estimación del recurso contencioso-administrativo, al entender que concurren otros fundamentos diferentes para la estimación del recurso contencioso-administrativo, al margen de la apreciación de la existencia de una central de ventas.

Y ello en virtud de estos

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.** - Mi discrepancia con el parecer mayoritario se centra en los fundamentos que han llevado a la Sala adoptar la decisión estimatoria del recurso contencioso administrativo, basados en la existencia de una central de ventas que justificaría, según dicho parecer, la actuación de las empresas participantes en los acuerdos de comercialización que llevaron a la creación de la sociedad HISPAPEL S.A.

Por el contrario, considero que el recurso necesariamente ha de correr una suerte estimatoria, pero sobre la base de la consideración de que dichos acuerdos de comercialización conjunta no han tenido por objeto afectar a la competencia en el mercado comunitario.

**SEGUNDO.**- Partiendo de la base como expuesto de que mi voto tiene carácter concurrente sino en sentido contrario al fallo mi primera discrepancia radica en la consideración de dichos acuerdos de comercialización conjunta como de supuestos de contratos de cuentas en participación, consideración esta que no puedo compartir toda vez que el carácter oculto de este tipo de contrato y su inexistente personalidad jurídica ( STS 4.12.1992, 5.2.1998 ) le apartan claramente de la sociedad configurada en el supuesto de autos, HISPAPEL S.A, la cual ha sido creada en el tráfico jurídico y con publicidad para la comercialización conjunta de las empresas que lo integran en el mercado de sobres en Oriente Medio.

Por el contrario, si me parece correcta su configuración como un supuesto de contrato de Join Venture o de sociedad conjunta, el cual plantea evidentes problemas de compatibilidad con el Derecho de la Competencia. Dichos contratos admiten diferentes gamas. Lo cierto es que en el presente caso se ha creado una verdadera sociedad entre los socios que la integran, que son a su vez sociedades dedicadas a la misma actividad y que aportan los medios necesarios a dicha sociedad.

**TERCERO.**- Admitiendo esta naturaleza jurídica a la actuación de las sociedades que integran HISPAPEL S.A sin embargo, no puedo compartir la tesis de la Sala que en su consideración final, arroja la tesis de que este tipo de centrales de ventas gozan de una presunción de validez desde el punto de vista del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Antes bien si comprobamos las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal ( DOUE 14.1.2011) que citaremos como norma interpretativa, fácilmente puede deducirse que la admisibilidad este tipo de acuerdos tiene su justificación en la medida en que con ellos se pretenda acceder a nuevos mercados a los que las empresas no pudieran acceder individualmente ( apartado 237) y siempre y cuando, las partes no dispongan de un cierto grado de poder de mercado.

La cuota de mercado al que hace referencia el apartado 240 de las directrices, entiendo que es el que representa el volumen de mercado a que se quiera acceder so pena de convertir a estos acuerdos en prácticamente inoperantes. Y así, además lo ha interpretado el TJUE.

En el supuesto de autos la resolución impugnada, de forma un tanto tautológica al folio 51, no viene a justificar suficientemente la afectación de la sociedad al comercio intracomunitario, sin realizar así grandes justificaciones.

Lo cierto es que la propia resolución parece tener en cuenta que las exportaciones de la empresa HISPAPEL S.A tan sólo alcanzan a 5% del total de las exportaciones de sobres que se realizan desde España. No se trata por tanto de valorar la cuota de mercado conjunta en el mercado español de sobres, como hace el folio 66 de la resolución impugnada. Ni se trata tampoco, de hacer aplicación de la regla de mínimos del art.5 del RDC, que como sabemos es inaplicable a las infracciones por objeto, sino que se trata de valorar precisamente si el objeto de dichos acuerdos iba encaminado a restringir la competencia, pues es esencial que la sociedad que actúe en un mercado extracomunitario tenga que fijar los precios correspondientes para actuar en dicho mercado, además de que este mismo condicionante es el fijado por las propias directrices a las que hemos hecho referencia, por lo que por el escaso volumen de mercado al que pretenden acceder comparado con el total puede concluirse que no tiene por objeto afectar a la competencia.

Esta es la doctrina que inspira la sentencia Javico (asunto C-306/96, de 28 de abril de 1998). Y en materia de ayudas la sentencia Wam SpA, asunto C-494/06, de 30 de abril de 2.009 del Tribunal de Justicia de la Unión europea.

**CUARTO.**- Por ello, considero que debió estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulándose la resolución de la CNC impugnada, por las razones antes mencionadas.

Sin costas, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional , al entenderse que las cuestiones suscitadas son de elevada relevancia jurídica.

Así lo expresa el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepamos.



**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ