



Roj: **SAN 766/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:766**

Id Cendoj: **28079230062017100060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **178/2013**

Nº de Resolución: **94/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000178 / 2013**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 01913/2013**

**Demandante: EMILIO DOMENECH MIRABET S.A.**

**Procurador: D<sup>a</sup>. ROSA SORRIBES CALLE**

**Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 178/13 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Sorribes Calle actuando en nombre y representación de **EMILIO DOMENECH MIRABET S.A.** contra la resolución de 25 de marzo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa de 113.107 euros por la comisión de una infracción única y continuada de la Ley de Defensa de la Competencia. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la cual se declare:

*"nula la precitada resolución mediante la cual se impone a DOMENECH una sanción consistente en multa por importe de 113.107 euros o, subsidiariamente, anule la misma por lo que respecta a la cuantificación de la sanción y proceda a su minoración sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos".*

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO** .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 11 de octubre de 2016, teniendo así lugar si bien las deliberaciones se han prolongado durante las audiencias de los días 26 de octubre, 16 de noviembre, 14 de diciembre de 2016, 25 de enero y 15 de febrero de 2017.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 25 de marzo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso una sanción de multa de 113.107 euros por la comisión de una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0316/10 "SOBRES DE PAPEL", era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha quedado acreditada una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desde 1977 y hasta 2010, consistente en un cártel de fijación de precios y reparto de clientes en el mercado del sobre de papel en todo el territorio nacional*

*SEGUNDO.- Declarar que son sujetos responsables de esta infracción de cártel las empresas (...) EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A. (...).*

*TERCERO.- Imponer a las referidas empresas, como autoras de la conducta infractora declarada y en atención a la responsabilidad que corresponde a cada una de ellas conforme a lo establecido en el Fundamento de Derecho Sexto, las siguientes multas sancionadoras:*

*(...)*

*- CIENTO TRECE MIL CIENTO SIETE euros (113.107 euros) a EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A.,*

*NOVENO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución".*

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 14 de septiembre de 2010, la empresa UNIPAPEL, S.A. (actualmente ADVEO GROUP INTERNATIONAL S.A.) presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC ) o, en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC , que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC . Tal infracción habría consistido, en primer lugar, en un acuerdo para el reparto de los clientes en el mercado de la fabricación y comercialización de sobres impresos en España, incluyendo tanto sobres impresos elaborados para las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas con ocasión de la celebración de procesos electorales y partidos políticos, como sobres impresos elaborados para grandes clientes; en segundo lugar, un acuerdo para la fijación de los precios y reparto del mercado a través del reparto de los clientes del sobre blanco, también llamado sobre de catálogo o de stock; y, por último, un acuerdo para la limitación del desarrollo tecnológico. Se acompañaba documentación acreditativa de las infracciones descritas, que fue completada posteriormente.

2. A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Investigación de la CNC inició una información reservada conforme a lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia ante la posible existencia de



una infracción relacionada con conductas anticompetitivas en el sector de sobres de papel a fin de determinar si concurrían circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

3. Previos los trámites que refleja el expediente administrativo, y sobre la base de los datos obtenidos en la información reservada, con fecha 15 de marzo de 2011 la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador S/0316/10 "Sobres de papel" ante la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 110/1963, en el artículo 1 de la Ley 16/1989, en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Con fecha 24 de enero de 2012, y de conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos. Acordado el cierre de la fase de instrucción el 2 de abril de 2012, el 13 de abril siguiente, y conforme a lo dispuesto en el art. 50.4 de la LDC, se notificó a las partes una Propuesta de Resolución del expediente de referencia, que fue remitida con fecha 10 de agosto de 2012, y conforme a lo previsto en el art. 50.5 de la Ley, al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el que se interesaba de éste se resolviera en los siguientes términos:

" **Primero.** Que se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 110/1963, del artículo 1 de la Ley 16/1989, del vigente artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por los acuerdos adoptados e implementados por las empresas ANDALUZA DE PAPEL, S.A., ANTALIS ENVELOPES MANUFACTURING, S.L., ANTALIS INTERNATIONAL, S.A.S., ARGANSOBRE, S.A., EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A., ENVEL EUROPA, S.A., GRUPO TOMPLA SOBRE EXPRES, S.L., HISPAPPEL, S.A., HOLDHAM, S.A., MAESPA MANIPULADOS, S.L., MANIPULADOS CEGAMA S. COOP., MANIPULADOS PLANA, S.A., MANUFACTURAS TOMPLA, S.A., PACSA, PAPELERA DEL CARRION, S.L., RODON PORTA, S.L., SOBRE INDUSTRIAL, S.L., SOCIEDAD ANÓNIMA DE TALLERES DE MANIPULACIÓN DE PAPEL (SAM), SOBRES IZALBE, S.A., UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y UNIPAPEL, S.A., desde 1977 hasta 2010, que entran en la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas empresas consistieron en la fijación de precios y reparto de las licitaciones de sobres pre-impresos para procesos electorales y para los partidos políticos, el reparto de los sobres pre-impresos corporativos para grandes clientes, la fijación de precios del sobre blanco y el acuerdo de limitación tecnológica en el mercado del sobre de papel en todo el territorio nacional.

**Segundo.** Que esta conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

**Tercero.** Que se declaren responsables de dicha infracción, de acuerdo con el artículo 61 de la LDC, a:

(...)

4. EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A., por su participación en el acuerdo de reparto de las licitaciones de sobres electorales, desde 1982 hasta octubre 2010.

**Cuarto.** Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

5. El Consejo terminó de deliberar y falló este expediente en su sesión plenaria celebrada el 20 de marzo de 2013, dictando con fecha 25 de marzo siguiente la resolución que ahora se impugna, en la que a EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A. se le sanciona únicamente por la conducta antes descrita.

**SEGUNDO.-** En dicha resolución se reflejan como hechos probados, partiendo del pliego de concreción de hechos que fue notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Consejo con fecha 10 de agosto de 2012, y de la información que consta en el expediente, que Emilio Domenech Mirabet, S.A. (DOMENECH) es una empresa fundada en 1981 dedicada a la fabricación de sobres blancos y pre-impresos para empresas privadas y entidades u organismos públicos, con un ámbito de actuación regional en cuanto a producción y distribución y con domicilio social en Hospitalet de Llobregat (BARCELONA).

Desde su constitución, el capital social de la empresa pertenece íntegramente a los miembros de una misma familia, habiendo tenido desde esa fecha un administrador único perteneciente a la familia propietaria del capital social.

De acuerdo con la información aportada por la empresa en su escrito de contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación, su cuota en el mercado de sobres nacional está entre el 0-10%.

Analiza también la resolución el mercado de producto, que identifica con el correspondiente a la fabricación y distribución de sobres de papel en el mercado español, distinguiendo entre los "Sobres pre-impresos o



*especiales: aquéllos que por su tamaño, peso o estructura, son diferentes a los sobres estándar, de acuerdo a las especificaciones proporcionadas por los clientes, que se comercializan a través de licitaciones organizadas por el cliente, principalmente grandes corporaciones privadas o Administraciones Públicas y con ocasión de la celebración de procesos electorales"; y los "Sobres blancos, normales, de catálogo o de stock: Se trata de aquellos sobres sin ningún tipo de impresión, a partir de un catálogo predefinido, y que pueden ser utilizados para cualquier finalidad. Estos sobres tienen como clientes principales empresas mayoristas de distribución, imprentas y otras empresas del canal gráfico".*

En cuanto a los hechos que acreditan la comisión de las conductas constitutivas de la infracción, que el Consejo deriva de " *la información facilitada por UNIPAPEL en su solicitud de exención, la documentación recabada en las inspecciones, la información aportada en las solicitudes de reducción presentadas -todas ellas tras la realización de dichas inspecciones-, así como en las contestaciones a los requerimientos de información a las empresas incoadas y a terceras empresas y Administraciones Públicas clientes de las anteriores*", estarían constituidos por los siguientes:

"1. Acuerdos para el reparto del mercado a través de las licitaciones de sobres electorales para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010 entre 14 empresas del cártel: ANDUPAL, ANTALIS, DOMENECH, ENVEL, TOMPLA, MAESPA, CEGAMA, PLANA, PACSA, RODON, SOBRINSA, SAM, IZALBE y UNIPAPEL, con la colaboración de HISPAPPEL, así como el reparto entre TOMPLA y UNIPAPEL de la producción de sobres electorales para el buzoneo que realizan los partidos políticos.

2. Acuerdos para el reparto del mercado de sobres pre-impresos a través del reparto de clientes nacionales, tanto públicos como privados, entre 1990 a 2010, realizado por las siguientes 11 empresas del cártel: ANTALIS, TOMPLA, PLANA, PACSA, SAM, SERBOS, UNIPAPEL, ARGANSOBRE, ENVEL, MAESPA y SOBRINSA, con la colaboración de HISPAPPEL.

3. Acuerdos entre ANTALIS, SAM, TOMPLA y UNIPAPEL para la fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010, con la colaboración de HISPAPPEL.

4. Acuerdo entre TOMPLA, UNIPAPEL, SAM, PACSA, ANTALIS y PLANA, para limitar el desarrollo técnico en el sector del sobre de papel a través de acuerdos para la formación de un consorcio tecnológico entre TOMPLA, UNIPAPEL y SAM, que dio lugar a la constitución en 1997 de la sociedad COVER FORMAS, S.L. (en adelante, COVERFORMAS), creada por TOMPLA y UNIPAPEL para compartir las innovaciones tecnológicas generadas en cada una de dichas empresas que licenciaban únicamente a las empresas ANTALIS, SAM y PLANA".

Todos ellos, a juicio del Consejo, formarían parte de un " *... acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de reparto y fijación de precios de los sobres pre-impresos para los procesos electorales convocados en España y para clientes, además de los relativos al sobre blanco y al desarrollo técnico, adoptados por un núcleo duro de empresas del cártel formado por ANTALIS, PLANA, TOMPLA (incluyendo a SAM y PACSA) y UNIPAPEL, con la participación de HISPAPPEL, que participaron en casi la totalidad de las conductas anteriormente descritas, salvo PLANA de la que no se ha acreditado su participación en los acuerdos relativos al sobre blanco, a las que se suman pequeñas y medianas empresas fabricantes de sobres en el territorio español -ANDUPAL, ARGANSOBRE, CEGAMA, DOMENECH, ENVEL, IZALBE, MAESPA, RODON, SERBOS y SOBRINSA- en relación con las prácticas relativas a los sobres pre-impresos, ya fueran en relación con los procesos electorales o para clientes*".

Partiendo de dicha calificación general, y tras desarrollar el contenido de los referidos acuerdos y referirse a su evolución en el tiempo, la resolución de 25 de marzo define además la concreta participación de la empresa aquí recurrente, EMILIO DOMENECH MIRABET S.A. en una de las cuatro categorías de acuerdos descritas, es decir, en el *a cuerdo de reparto de mercado de las licitaciones de sobres electorales para los procesos electorales entre 1977 y 2010*.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la resolución sancionadora, parte de la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por resultar más beneficiosa para las empresas implicadas que la Ley 16/1989, de 17 de julio, y califica las conductas de las mismas como constitutivas de una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 Ley de Defensa de la Competencia y 101 Tratado de la Unión, mercedora, conforme al artículo 62.4 de la primera, de una sanción muy grave. Conducta que se ajustaría a la definición de cártel toda vez que el objeto de los acuerdos antes descritos habría consistido en el reparto de mercado, la fijación de precios y la limitación del desarrollo tecnológico en el mercado de sobres de papel en España.

Y respecto de la concreta participación de tales hechos por EMILIO DOMENECH MIRABET, la CNC considera acreditada su intervención en las licitaciones electorales que relaciona, así en las Elecciones Generales de 1982, en las Elecciones al Parlamento de Andalucía de 1982, Referéndum de 1986 sobre el ingreso de España en la OTAN, Elecciones Generales de 1986, elecciones al Parlamento de Andalucía de 1986, Elecciones Municipales, Generales y al Parlamento Europeo de 1987, Elecciones al Parlamento de Cataluña de 1988,



Elecciones Generales de 1989, Elecciones Municipales de 1991, Elecciones Generales de 1993, Elecciones al Parlamento de Cataluña de 1999, Elecciones Generales de 2000, Elecciones Municipales de 2003, Elecciones al Parlamento de Cataluña de 2003, Elecciones Generales y al Parlamento Europeo de 2004, Referéndum sobre la Constitución Europea de 2005, Referéndum sobre el Estatuto de Cataluña de 2006, Elecciones Municipales de 2007, Elecciones Generales de 2008 y Elecciones al Parlamento Europeo de 2009.

Respecto del sustrato probatorio en que se sostiene dicha imputación referida a DOMENECH, señala la misma resolución sancionadora que *"...La información disponible en este expediente acredita la participación primero de ASSOMA y luego de HISPAPEL en la organización y funcionamiento del cártel, pero en modo alguno la pertenencia a la Asociación (de la que DOMENECH fue asociado hasta 1992) o a HISPAPEL (de la que fue accionista desde noviembre de 1981 hasta febrero de 1988) se estableció por parte de los miembros del cártel como un requisito de pertenencia al mismo. El cártel acreditado en este expediente tenía un núcleo integrado por los principales competidores del mercado considerado (a quien se limitó la infraestructura de móviles contratados por HISPAPEL) que, por las razones que ya fueron señaladas en el fundamento de derecho precedente (p. ej., párr. 241), dieron entrada en el cártel a empresas competidoras más pequeñas y de implantación regional como DOMENECH a través del mecanismo de la subrogación / compensación diseñado e implantado por aquéllas en relación con las prácticas relativas a los sobres preimpresos, ya fueran en relación con los procesos electorales o para clientes.*

*Que la fabricación realizada por DOMENECH a través del mecanismo de la subrogación no es fruto de una relación bilateral libremente pactada con una empresa que era miembro del cártel, sino consecuencia de su propia participación en tal infracción de cártel se aprecia a juicio del Consejo..."*

A partir de aquí, la resolución sancionadora detalla el porcentaje que correspondía a DOMENECH en el reparto que el cartel hacía para la producción de sobres electorales en cada una de las elecciones antes mencionadas.

**TERCERO** .- Expuestos los antecedentes procedimentales que culminaron en la resolución sancionadora, así como los hechos que ésta considera probados y que constituyen la base de la imputación de DOMENECH, S.A., es preciso analizar los concretos motivos en los que la entidad actora fundamenta su pretensión anulatoria.

Así, en el escrito de demanda se argumenta que no fue sino hasta el Pliego de Concreción de Hechos cuando la recurrente constató que las empresas más grandes del sector habían venido decidiendo la porción de sus necesidades de producción que encargaban a otras empresas más pequeñas, entre ellas DOMENECH. Fue en ese momento cuando comprobó que aparecía en diversas tablas y cuadros en los que se fijaban porcentajes de producción que le habían sido encargados. Hasta ese momento ignoraba que algunos de los encargos que recibió de empresas del sector estuviesen afectados por las decisiones de un cártel.

A su juicio, la documentación intervenida no prueba que DOMENECH conociera los contactos colusorios entre los grandes operadores del mercado del sobre en España sino únicamente que los encargos que recibía habían sido previamente organizados por un cartel. No hay ningún documento que pruebe que DOMENECH participase en los repartos del mercado por las empresas del cartel y que las comunicaciones entre DOMENECH y otras empresas del sector no eran de naturaleza puramente comercial.

Analiza a continuación cada uno de los 32 procedimientos electorales en los que la CNC considera globalmente acreditada la actividad del cartel. De aquí deduce que hay procedimientos electorales en los que no aparece ni siquiera mencionada y cuando lo hace es porque su nombre se incluye en una tabla o cuadro realizado por el solicitante de clemencia o los solicitantes de reducción de la multa sin que se haya acreditado la participación de DOMENECH en reuniones de ningún tipo de carácter colusorio.

Entiende por ello que no ha incurrido en conducta alguna que suponga fijar, limitar o repartir el mercado del sobre de papel en España habiéndose vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. Discute, en ese sentido, el valor probatorio de las declaraciones de clemencia en relación con la imputación de conductas ilegales a terceros, citando la STJUE de 16 de junio de 2011, en el Asunto T-191/06 , FMC Foret y Comisión.

Destaca que no ha asistido a las reuniones del cartel y que no se encontró ningún elemento incriminatorio en el registro efectuado el 19 de octubre de 2010 en la sede de la empresa y, además, que DOMENECH no ha participado en las conductas relacionadas con el sobre preimpreso, el sobre blanco y la obstaculización del desarrollo tecnológico en el sector.

Sobre el cálculo de la sanción, considera que como el mercado geográfico a efectos de sanción fue determinado por la CNC a nivel nacional las cifras correspondientes a ventas en el extranjero no deberían haberse incorporado a la base de cálculo de la sanción.

Entiende que el cálculo de la sanción es arbitrario e infringe el art. 64 LDC .



Reconoce que Doménech no contestó al primer requerimiento de la CNC para determinar su volumen de producción y en el segundo, comunicó a la CNMC la facturación nacional global y la correspondiente a la exportación indicando de manera separada qué cantidad de esa facturación correspondía a sobres electorales.

La resolución recurrida ha tenido en cuenta todo el mercado del sobre nacional e internacional cuando debería haber excluido, al menos, 387.378,07 euros de la exportación. Folio 21.092 del expediente.

Además, considera que la resolución recurrida infringe el principio de proporcionalidad porque la cuota de mercado de Doménech no supera el 1%, en realidad, se encuentra entre el 0,003 y el 0,006 del mercado español de sobres de papel y si solo se le sanciona por una conducta no puede ser con el 10% de su facturación total y con una mínima cuota de mercado.

Además, es desproporcionada respecto de Rodón Porta SL a la que se le ha impuesto una sanción de 5.192 euros.

**CUARTO.-** Entrando a analizar los motivos impugnatorios del recurso, en concreto la infracción del principio de presunción de inocencia y la atipicidad de la conducta de DOMENECH SA entiende la Sala, por el contrario, acreditada la comisión de la infracción por parte de la entidad recurrente.

Como se ha expuesto, la documental obrante en el expediente refleja que el núcleo duro del cartel dio entrada a empresas competidoras más pequeñas y de implantación regional como DOMENECH a través del mecanismo de la subrogación / compensación diseñado e implantado por aquéllas en relación con las prácticas relativas a la fabricación de sobres en los procesos electorales.

Frente a la denunciada falta de acreditación suficiente de la participación de EMILIO MIRABET DOMENECH SA en los hechos constitutivos de la infracción, son varias las pruebas de cargo obtenidas por la CNC que no se limitarían a la denuncia de UNIPAPEL que en su solicitud de clemencia el 17 de septiembre de 2010 cita como miembro del cartel a una serie de pequeños fabricantes, entre ellos, a DOMENECH, que *"también recibían un volumen de sobres a fabricar, de manera que los grandes fabricantes evitaban que aquéllos interfirieran en los concursos convocados."*

Otros indicios conducen a entender acreditada la participación de DOMENECH en la práctica anticompetitiva anteriormente descrita.

Prueba indiciaria de especial relevancia en el ámbito del derecho de la competencia pues, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13 , *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985 , y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"*.

En la de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, señalábamos también respecto de la prueba de indicios que *"... 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 comportamiento de la actora-, 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, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan"*.

Como decíamos, está acreditado que ya en las elecciones Generales de 1982, varias empresas fabricantes de sobres, entre ellas DOMENECH, se repartieron los 18 lotes de la licitación de sobres electorales, presentándose cada una de ellas a un único lote de los 18 ofertados, con idénticas ofertas económicas en cada uno de ellos.

Así lo confirma la declaración del Consejero Delegado y Director General de Unipapel en su solicitud de exención y PLANA, TOMPLA Y ANTALIS en sus solicitudes de reducción de la multa y lo corrobora el escrito de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior relativa al proceso electoral de las Elecciones Generales de 1982, en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación de la CNMC (folios 11676 y 12028 a 12125).

Asimismo, en la Declaración del representante de ANTALIS, el 4 de noviembre de 2010 éste explica que *"Con motivo de las Elecciones, el reparto de concursos se realizaba de forma más amplia y, prácticamente, participaba la totalidad de los fabricantes de sobres de España. Durante la Tercera Etapa, existe evidencia de los siguientes acuerdos sobre elecciones:*

*2003: Municipales (págs. 585, 587, 588 CNC)*

*2004: Parlamento Europeo / Generales (págs. 552-553, 556-557, 596-597 CNC)*

*2007: Municipales (pág. 52 CNC)*

*Aunque el grupo de fabricantes involucrados en estos acuerdos fue reducido, tenemos constancia de que al menos hasta 2003 un numeroso grupo de pequeños fabricantes participó en el reparto de los concursos de elecciones. Folios 3911 y 3912.*

Estas declaraciones se ven avaladas por diferentes acuerdos en los que se refleja, fruto de la estrategia del reparto del mercado de sobres electorales diseñada por el cartel, el porcentaje de fabricación de tales sobres que se le otorgaba a DOMENECH.

Este es el caso del "Acuerdo de Distribución Referéndum 1986", recabado en la inspección de ANTALIS (folio 1532), en el que se fijaba el porcentaje de distribución entre las empresas del cártel y el volumen (en unidades) de fabricación y suministro de sobres que dicho porcentaje suponía. En concreto, para DOMENECH, el 0,9% y la fabricación de 761.000 sobres.

Lo mismo ocurrió con el "Acuerdo de Distribución Elecciones Generales 1986", recabado en la inspección de ANTALIS (folio 1533) por el que se asigna a DOMENECH un porcentaje de fabricación de sobres del 0,9% que se traduce en 670.000 sobres para el Congreso de los Diputados y 670.000 sobres al Senado.

En el "acuerdo de distribución Elecciones al Parlamento de Andalucía", de 1986 recabado en la inspección de ANTALIS (folio 1533) se le atribuye a Domenech un porcentaje de fabricación del 0,9% y 19.000 sobres.

Según el documento "Elecciones 1987", recabado en la inspección de ANTALIS (folios 1480 a 1487) en ese proceso electoral a DOMENECH le correspondió un porcentaje del 0,9%, como revelan las notas manuscritas de un directivo de KANGUROS (actualmente, ANTALIS), partiendo de la adjudicación de la licitación a UNIPAPEL, pues las empresas participantes en el cártel acordaron que ninguna otra empresa del cártel se presentaría a la licitación. Tales notas manuscritas, recabadas en la inspección de ANTALIS, obran a los (folios 1488 a 1492).

En las elecciones al Parlamento de Cataluña de 1988 se acordó que *"los fabricantes catalanes hacen el 57% saldando así su participación en Galicia y País Vasco."* Así se recoge en las notas manuscritas de las Elecciones Autonómicas de 1988, recabadas en la inspección de ANTALIS (folios 1470 a 1474).

El acuerdo para el reparto de la licitación de la producción de los sobres electorales en Cataluña fue comunicado vía fax por un directivo de UNIPAPEL a otro de KANGUROS (actual ANTALIS). El Fax, de fecha 7 de marzo de 1988, remitido por un directivo de UNIPAPEL a otro de KANGUROS con el asunto: ELECCIONES DE CATALUÑA, fue recabado en la inspección de ANTALIS (folio 1475).

Al día siguiente, UNIPAPEL remitió a ANTALIS otro fax indicando los precios de las ofertas a presentar, de acuerdo con lo fijado por el cártel. Así lo confirma el Fax de 8 de marzo de 1988 remitido por UNIPAPEL a KANGUROS, recabado en la inspección de ANTALIS (folio 1476).

El reparto acordado, se acredita mediante la información aportada por el Departament de Governació de la Generalitat de Cataluña, a solicitud de la Dirección de Investigación. (folios 11731 y 11732).

En las elecciones Generales de octubre de 1989, se adjudica a DOMENECH un porcentaje de fabricación de sobres electorales del 1,26%, correspondiente a 874.000 sobres. Así se demuestra con el Fax remitido por el Director Comercial de TOMPLA al Director General de KANGUROS el 21 de marzo de 1991, que incluye una tabla con las participaciones de las Elecciones Generales de octubre de 1989, recabada en la inspección de ANTALIS (folio 1245).

En las elecciones Municipales y Autonómicas de 1991, a DOMENECH se le adjudica un porcentaje del 1,26%, según acredita el cuadro con el reparto de la fabricación de los sobres electorales de los LOTES I y II de 4 de abril de 1991, recabado en la inspección de ANTALIS (folios 1245 y 1246).

En las elecciones Generales de 1993, Tompla y Unipapel fueron las adjudicatarias de la licitación de los sobres y en una reunión de 16 de abril de 1993 las empresas integrantes del núcleo duro del cartel asignaron a DOMENECH un porcentaje de fabricación del 1,26%. Así lo acredita la documentación relativa a dicha reunión recabada en la inspección de Antalis que obra a los folios (1567 a 1571).

En las Elecciones al Parlamento de Cataluña, en octubre del año 1999, a DOMENECH se le adjudicó la fabricación del modelo de sobre EPC 4.1, 1.086.000 sobres, según el cuadro aportado por UNIPAPEL, adjudicataria de la licitación con su solicitud de exención.

En las elecciones Generales de 2000 y en las Municipales de 2003, a Domenech se le adjudicó un porcentaje de fabricación del 1,37% según los cuadros aportados por UNIPAPEL con su solicitud de exención. El importe total del lote adjudicado a Unipapel coincide con el cuadro elaborado por éste donde refleja el porcentaje repartido a cada una de las empresas del cartel.

En las Elecciones al Parlamento de Cataluña de 2003, las empresas del cártel acordaron que TOMPLA ganase la adjudicación, según acredita la información aportada por la Consejería de Gobernación del Gobierno de Cataluña (folios 11733 y 11734) y aquella cedió al resto de empresas participantes, entre ellas DOMENECH, un porcentaje del 1,37%.

En las Elecciones Generales y al Parlamento Europeo de marzo de 2004, a DOMENECH le adjudicaron un porcentaje de fabricación del 1,37% según recoge el Documento "Normativa de funcionamiento" remitido por UNIPAPEL a las demás empresas del cártel, recabado en la inspección de ANTALIS (folios 12627, 1628, 1665 y 1666).

Finalmente, con distintos porcentajes, normalmente del 1,37% DOMENECH participó en el reparto del mercado de sobres electorales en el referéndum sobre la Constitución Europea de 2005, en el referéndum sobre el Estatuto de Cataluña de 2006, en las elecciones al Parlamento de Cataluña del mismo año así como en las Elecciones Municipales de 2007 y en las elecciones al Parlamento Europeo de 2009. Así lo reflejan el documento "Elecc. Referendum-febrero 2005), la ficha producto de Domenech con los sobres encargados por UNIPAPEL que fue intervenida en la inspección realizada en el despacho del Director General de Doménech (folio 1758), en la que se refleja el porcentaje de fabricación que ésta realizó (500 sobres sobre modelos 4.1. Votación bilingües) y los cuadros elaborados por UNIPAPEL.

**QUINTO.-** Los documentos anteriores, aportados algunos por la solicitante de clemencia y por las entidades que pidieron reducción de la multa y otros incautados, sobre todo a ANTALIS, coinciden con las declaraciones prestadas por aquellos y corroboradas en algunos casos con los informes del Ministerio del Interior y configuran un material probatorio suficiente para entender acreditada la participación de la recurrente en los acuerdos anticompetitivos relativos a los sobres electorales que no se basa, como se alega, únicamente en la declaración de quienes solicitaron la exención o reducción de la multa.

En todo caso, conviene recordar la doctrina sobre el valor probatorio y el alcance que ha de darse a la documentación proporcionada por el clemente, que la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , en sus apartados 52 a 56, resume del siguiente modo: "1º. *En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión , citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58). 2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión , T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 58). 3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión , T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 59). 4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que*



la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 293). 5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".

De conformidad con esa doctrina, los indicios que resultan de los documentos antes expuestos relacionados permiten a esta Sala, en el ejercicio de la libre valoración de la prueba, llegar a la convicción de que EMILIO DOMENECH MIRABET S.A. ha tomado parte en los hechos imputados en la forma que revelan tales documentos, pues el examen del expediente administrativo, y la lectura de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida, ponen de manifiesto que la CNC no se basó de forma única y exclusiva en la declaración de la mercantil solicitante de clemencia, y que las fuentes probatorias tienen origen diverso.

Por otra parte, y frente a lo alegado por la interesada, la prueba aportada excluye que se tratase de una mera subcontrata ajena al acuerdo anticompetitivo. Muy al contrario, y como considera la CNC, la subcontratación aparece como un instrumento idóneo para que todos los miembros del cártel participasen en el reparto de la fabricación de sobres de acuerdo con los porcentajes convenidos, y nada permite suponer que resultasen de un acuerdo bilateral libremente pactado por las partes. Así resulta de la reiteración de idéntico o muy parecido porcentaje a lo largo de diferentes procesos electorales, como puede comprobarse con los datos antes reflejados.

En realidad, el esquema de actuación se reproduce en las sucesivas elecciones: una vez ganado el concurso, la empresa adjudicataria repartía la fabricación en la proporción convenida a través de la subcontrata que posibilitaba intervenir en ella a las empresas más pequeñas que, por no cumplir los requisitos técnicos y económicos exigidos, no podían participar en la licitación. A cambio, dichas empresas se comprometerían a no competir en las licitaciones a las que sí podían concurrir (se refiere la CNC, por ejemplo, a las convocadas por las Comunidades Autónomas) siendo compensadas con un porcentaje del volumen de producción que solía mantenerse dependiendo del ámbito del proceso electoral correspondiente.

Por esa razón, insistimos, no pueden acogerse los argumentos de la actora acerca de la no participación de DOMENECH en las reuniones que describe el expediente ni en las comunicaciones entre las grandes empresas del cartel o que el reducido número de llamadas entre UNIPAPEL y ella prueba la naturaleza comercial de su relación cliente proveedor. Esos argumentos son compatibles con la operativa que seguía el cartel a la hora de repartir las licitaciones en los términos que se han descrito.

Entiende por ello la Sala que la prueba de cargo expresada en múltiples indicios es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y que la conducta de la recurrente es plenamente típica en relación a la infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

**SEXTO** .- Sostiene a continuación la recurrente que la resolución recurrida no contiene una definición adecuada de mercado y que es desacertado considerar que el volumen afectado por la infracción sea la suma de cifra de negocio de sobre electoral y sobre corporativo. A su juicio, deberían definirse tres segmentos de mercado, suministro de sobres electorales, suministro de sobres pre-impresos para grandes clientes y suministro del denominado "sobre blanco" o "sobre de catálogo".

Ahora bien, la Sala advierte que en el planteamiento de la recurrente que alude para ello al concepto de sustituibilidad de la demanda, no cuestiona las razones ofrecidas en la resolución recurrida que considera a los sobres un mercado maduro por utilizar una tecnología poco compleja y conocida sin cambios relevantes y con una demanda en descenso por la crisis económica que ha experimentado nuestro país.

Destaca también que el mercado de sobres de papel es relativamente transparente con un número que se mantiene estable en cuanto a número de fabricantes y cuotas de mercado sin que se hayan producido entradas significativas de nuevos fabricantes. Resalta también que el carácter relativamente homogéneo de los sobres de papel como producto hace que el precio sea el factor más relevante para seleccionar a la empresa suministradora. Tampoco son elevados los costes de investigación y desarrollo al no existir mucho margen para la innovación. Lo mismo sucede con los factores de producción pues el coste de la maquinaria es



asequible, tiene una vida útil relativamente larga y existe un mercado de segunda mano para aquella. Respecto de la materia prima utilizable, el papel, su mercado se caracteriza por el exceso de oferta. Tampoco es un mercado que requiera de grandes inversiones en publicidad o promoción.

Pues bien, estos aspectos que son los que ha tomado en consideración la resolución sancionadora para definir el mercado de producto, partiendo, es cierto, de las explicaciones ofrecidas en su momento por Antalis, nos parecen objetivos y razonables y no encontramos motivos para sustituirla por la que propone la recurrente.

Cuestión distinta es la incidencia que pueda tener a la hora de determinar el volumen de negocio sobre el que se calcula la sanción, como ahora vamos a examinar.

**SÉPTIMO.-** En éste sentido denuncia la entidad actora, con carácter subsidiario respeto de los anteriores motivos, la falta de graduación adecuada de la sanción.

Destaca, así, que la resolución sancionadora no ha tenido en cuenta el volumen de negocios real supuestamente afectado por la infracción, se le impone la sanción máxima que permite la Ley a una empresa cuyo volumen de mercado no alcanza el 1º del mercado nacional teniendo en cuenta que la resolución impugnada exonera a DOMENCECH de tres de las cuatro prácticas que reputa contrarias a la libre competencia. Cuestiona por ello que se le imponga una sanción equivalente al 10% de su facturación total con las conductas que le imputa la CNC y con la mínima cuota de mercado que detenta en el mercado afectado. La CNC ha calculado la sanción sobre la facturación global sin tener en cuenta la facturación destinada a exportación (cifra que conocía) ni la facturación correspondiente a sobres no electorales.

En éste punto, debemos dar la razón a la parte recurrente pues, la resolución recurrida parte de la facturación total de DOMENCECH en 2012, es decir, 1.131.071,61 euros y sobre dicho importe aplica el 10%. Sin embargo, al haber definido la resolución recurrida como de ámbito nacional el mercado geográfico afectado, debería haber excluido del cómputo de la sanción la facturación correspondiente a la actividad de exportación, esto es, 387.378,07 euros.

En segundo lugar, la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la "*Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*" (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

Es por ello por lo que procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, teniendo en cuenta que se la ha sancionado por una única conducta, excluyendo del importe de facturación a computar el correspondiente a la actividad de exportación de la empresa en el ejercicio 2012, es decir, 387.378,07 euros y, seguidamente calcule la sanción atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, de la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

**OCTAVO.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Sorribes Calle actuando en nombre y representación de **EMILIO DOMENECH MIRABET S.A.** contra la resolución de 25 de marzo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 113.107 euros por la comisión de una infracción única y continuada de la Ley de Defensa de la Competencia, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe, excluyendo 387.378,07 euros correspondientes a la actividad de exportación y en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.



Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 15/03/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ