



Roj: **SAN 4543/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4543**

Id Cendoj: **28079230062016100424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **31/2013**

Nº de Resolución: **451/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4543/2016,**  
**ATS 6182/2018,**  
**STS 4284/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000031 / 2013

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00293/2013

**Demandante:** GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.

**Procurador:** DON RAFAEL GAMARRA MEGIAS

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **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 veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso contencioso administrativo nº **31/2013**, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Gamarra Megias, en nombre y en representación de la mercantil GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., contra la resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la



Competencia en el expediente sancionador NUM000 Material de Archivo. Ha sido parte la Administración demandada, representada por el Abogado del Estado; y como parte codemandada ha comparecido la mercantil ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A. representada por la Procuradora Dña. Ana Llorens Pardo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Interpuesto el recurso y seguidos los trámites previstos en la ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, dándose cumplimiento a este trámite dentro de plazo, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se acuerde: "...la nulidad de la Resolución recurrida por infracción de los derechos aun proceso con todas las garantías con producción de indefensión y del derecho a la presunción de inocencia. Subsidiariamente, que se declare la inexistencia de infracción del artículo 1 y Disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia. Subsidiariamente, que se declare la infracción de los artículos 63 y 64 de la LDC y del 131 de la Ley 30/1992, por infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones, por indebido cálculo de la multa y por falta de aplicación de la atenuante 64.3.a de la LDC".

**SEGUNDO:** La Abogacía del Estado contesta a la demanda, suplicando se dicte sentencia confirmatoria de la resolución impugnada por considerarla ajustada al ordenamiento jurídico. Se tuvo por precluido el trámite de contestación a la demanda de la entidad codemandada.

**TERCERO:** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, se concedió a las partes el trámite de conclusiones, y una vez presentados los oportunos escritos quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

**CUARTO:** En este estado se señala para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2016, teniendo lugar así.

**QUINTO:** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por la representación procesal de la mercantil GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., contra la resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 Material de Archivo. Dicha resolución acuerda en lo que afecta a la recurrente:

*"Primero. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, de la que son autoras DOHE, S.A.; MANUFACTURAS PLASTICAS ESCUDERO, S.A.; ESSELTE, S.A.; GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.; y UNIPAPEL TRANSFORMACION Y DISTRIBUCION, S.A. y su matriz UNIPAPEL S.A. (actualmente ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A.) consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.*

*Segundo.- Imponer a las empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras:*

....

*-1.548.472 a GRAFOPLAS".*

La CNC ha sancionado a la recurrente por su participación en la adopción de los acuerdos para la fijación de precios mínimos y comunes de productos de material de archivo y en los acuerdos para el reparto de mercado de los clientes de productos de marca propia de material de archivo en el mercado nacional. Acuerdos adoptados e implementados por las mercantiles DOHE, S.A.; MANUFACTURAS PLASTICAS ESCUDERO, S.A.; ESSELTE, S.A.; GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.; y UNIPAPEL TRANSFORMACION Y DISTRIBUCION, S.A., todas ellas empresas competidoras, a través de contactos y reuniones entre los representantes de dichas empresas desde el mes de mayo de 2005 hasta el mes de febrero del año 2010. Estas empresas se reunían e intercambiaban información en relación con sus incrementos de costes y sobre los incrementos de precios que pensaban aplicar, coordinando así sus estrategias para armonizar tales incrementos; asimismo, acordaron precios mínimos para determinados productos donde la presión de los clientes podía ser mayor; y, además, se coordinaron acerca de las comunicaciones que mandarían a los clientes para informarles de los incrementos e incluso supervisaban la ejecución de los acuerdos adoptados.

Concretamente, en la resolución sancionadora se considera que se está ante una conducta constitutiva de un cartel en el que participaron las empresas antes referidas quienes adoptaron (1) acuerdos para la fijación de precios que consistieron en la fijación de los incrementos porcentuales de los precios para la totalidad de



los productos de material de archivo y en la fijación de los precios mínimos para los archivadores de palanca, jaspeados y de color, y carpetas de anillas, tanto los fabricados con la marca del fabricante o con la marca del distribuidor; y (2) acuerdos para el reparto de mercado a través del reparto de clientes, para la fabricación de productos de marca blanca o marca del distribuidor (productos fabricados por los miembros del cartel con la marca del cliente, empresa distribuidora).

Conductas en las que, según la CNC, ha participado la mercantil recurrente GRAFOPLAS a quien se le ha imputado una infracción única compleja, comprensiva de una serie de actuaciones encaminadas a la fijación de precios del material de archivo desde el mes de mayo de 2005 hasta 2010 y un acuerdo para el reparto de mercado a través del reparto de clientes de productos de material de archivo desde febrero 2006 hasta 2010. Actuaciones anticompetitivas que se prohíben en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda presentado por la mercantil GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. se solicita la nulidad de la resolución impugnada. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1.- Sostiene que en la tramitación del expediente sancionador se le ha causado indefensión por los siguientes motivos: (a) la Administración le ha denegado la entrega de documentos que figuraban en el expediente y que se habían entregado por terceros a instancia de la Dirección de Investigación; documentos que la CNC declaró confidenciales sin justificación alguna; (b) no se le entregó copia de las solicitudes de clemencia formuladas por dos de las cuatro empresas imputadas en el expediente sancionador cuando los documentos que se acompañaron a dichas solicitudes han sido tenidas en cuenta en la resolución sancionadora como pruebas principales de cargo; (c) se le denegó la práctica de las pruebas documentales propuestas por la recurrente así como la declaración testifical del Director General de GRAFOPLAS que tenían como finalidad demostrar que era imposible adoptar acuerdos sobre el reparto de los clientes pues eran las empresas clientes de las imputadas quienes elegían por sí mismas a sus proveedores y, además, pretendía demostrar la inasistencia de la recurrente a las reuniones en las que según las empresas solicitantes de clemencia había participado.

2.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Y ello porque considera que no puede ser prueba de cargo ni los documentos ni las declaraciones de los directores generales de las empresas denunciadas UNIPAPEL y DOHE para poderse acoger al programa de clemencia y, por tanto, interesadas en aportar elementos para justificar la existencia y el mayor alcance de la infracción para poder así obtener los beneficios de la clemencia. Documentos y notas manuscritas que han podido elaborarse por las empresas denunciadas ex post.

3.- No concurren los elementos propios de un cartel.

4.- Niega que haya participado en un cartel. Sobre este punto la recurrente afirma que su asistencia a alguna de las reuniones fue exclusivamente como miembro de la sección de carpetería de ASSOMA (Asociación Española de Fabricantes de Sobres y Manipulados de Papel y Cartón para la Enseñanza y la Oficina) y, además, a reuniones convocadas por esta. Y justifica la asistencia a dichas reuniones por el interés en mantener contactos con el sector y estar informado de los aspectos asociativos pero no tenían como objeto la adopción de acuerdos empresariales con los representantes de las demás empresas.

5.- Por otra parte, niega que D. Hermenegildo tuviera poderes de representación de la recurrente como para poder acudir en su nombre y tomar decisiones en las reuniones en las que se ha referido su participación.

6.- Afirma que, en su caso, los acuerdos adoptados no tenían capacidad para restringir la competencia y no tuvieron efecto ni reflejo en el mercado.

7.- De forma subsidiaria, niega que la duración de la infracción haya sido durante todo el periodo referido por la CNC. Únicamente admite la posibilidad de haber adoptado acuerdos colusorios en las reuniones celebradas desde el 10 de julio de 2007 hasta el final de 2009.

8.- La sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad: (a) se ha fijado teniendo en cuenta su participación durante el periodo que va desde el mes de mayo de 2005 hasta febrero de 2010, periodo que no es correcto y que, en su caso, debería ser por el periodo comprendido entre los años 2007 y 2009; (b) no se ha tenido en cuenta que las infracciones imputadas a GRAFOPLAS no han producido ningún efecto en perjuicio de los consumidores o de otros operadores económicos; (c) se ha vulnerado el artículo 63 y el artículo 64.3.a) de la LDC .

Frente a la postura de la recurrente, el Abogado del Estado rechaza todos los argumentos referidos por la defensa de la recurrente y, en consecuencia, interesa la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.



**TERCERO.-** Con el objeto de resolver adecuadamente este proceso se destaca los siguientes hechos acreditados en autos y que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo:

1. El 14 de septiembre de 2010 la empresa UNIPAPEL, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) una solicitud de exención del pago de la multa, a los efectos del artículo 65 de la LDC , que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC , consistente en un acuerdo para la fijación de precios de material de archivo y el reparto de mercado de los clientes de productos de marca propia de material de archivo en el mercado nacional. Esta solicitud, que fue completada posteriormente, junto con la documentación presentada, ofrecía información y elementos de prueba sobre los elementos esenciales de la infracción.
2. El 26 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación(en adelante, DI) concedió la exención condicional a UNIPAPEL, S.A. en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC , por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la DI, le permitían ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 de la LDC en relación con el cartel descrito en su solicitud de exención.
3. El 27 de octubre de 2010 la DI llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de DOHE, S.A. (en adelante, DOHE), ESSELTE, S.A. (en adelante, ESSELTE) y GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. (en adelante, GRAFOPLAS), de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la LDC . En relación con la inspección de la sede de GRAFOPLAS, mediante Resolución de 1 de marzo de 2011 (Expte. NUM001 GRAFOPLAS DEL NOROESTE), a propuesta de la DI, el Consejo de la CNC impuso a la citada empresa una sanción por obstrucción de a la labor inspectora.
4. El 15 de noviembre de 2010 DOHE presentó un escrito solicitando la exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC , que pudiera imponerse en relación con su participación en unos acuerdos de reparto de clientes y de fijación de precios en el mercado de material de archivo que implicaba a la citada DOHE y a otras empresas, siendo completada dicha solicitud posteriormente.
5. El 16 de diciembre de 2010 la DI notificó a DOHE el rechazo a su solicitud de exención del pago de la multa, acordando no obstante la DI examinar la información y los elementos de prueba aportados como una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC .
6. El 20 de diciembre de 2010, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC , acordó la incoación del expediente NUM002 Material de Archivo, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE contra DOHE, ESSELTE, GRAFOPLAS y UNIPAPEL, siendo notificado a las empresas incoadas ese mismo día.
7. Asimismo, el 20 de diciembre de 2010, analizada la documentación en formato papel recabada en las inspecciones realizadas en las empresas inspeccionadas, la DI notificó a DOHE, ESSELTE y GRAFOPLAS el acuerdo por el que se disponía la incorporación al expediente de dicha documentación, dando plazo para que las citadas empresas solicitaran el carácter confidencial de aquellos documentos que consideraran oportuno. Mediante Acuerdo de 15 de marzo de 2011 la DI resolvió la confidencialidad solicitada por las citadas empresas.
8. El 29 de marzo de 2011 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por GRAFOPLAS ante el Consejo de la CNC contra el acuerdo de la DI de 15 de marzo de 2011 (Expte. NUM003 GRAFOPLAS 2). El recurrente solicitaba al Consejo de la CNC que se devolvieran a GRAFOPLAS determinados folios recabados en la inspección o subsidiariamente fuera declarada la confidencialidad de la totalidad de dichos folios. Asimismo solicitaba como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido hasta que se resolviera el recurso.
9. El 4 de abril de 2011 la DI acordó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la LDC y en el artículo 12.1.f) del RDC, la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente de referencia hasta la resolución del recurso R/0070/11 GRAFOPLAS 2 por el Consejo de la CNC, notificando este acuerdo a las partes interesadas. Mediante Resolución de 22 de junio de 2011 el Consejo de la CNC desestimó el recurso interpuesto por GRAFOPLAS por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC . En vista de ello, el 29 de junio de 2011 la DI notificó a las partes el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver con efectos de 22 de junio de 2012.
10. El 18 de abril de 2011, analizada la documentación en formato electrónico recabada en las empresas inspeccionadas, la DI notificó a DOHE, ESSELTE y GRAFOPLAS la incorporación al expediente de la documentación en formato electrónico seleccionada, dando plazo para que las empresas solicitaran el carácter confidencial de aquellos documentos que consideraran oportuno. Mediante sendos Acuerdos de 19 y 24 de mayo de 2011 la DI resolvió sobre la confidencialidad de esta documentación solicitada por ESSELTE y



DOHE, respectivamente. GRAFOPLAS no presentó escrito de solicitud de confidencialidad de la documentación en formato electrónico recabada en la inspección de su sede.

11. El 22 de junio de 2011 la DI puso en conocimiento de UNIPAPEL y de DOHE que consideraba necesario para salvaguardar los derechos de defensa de los interesados levantar la confidencialidad de la información aportada en sus solicitudes de clemencia, que sería incorporada al expediente en la fecha de emisión del Pliego de Concreción de Hechos, concediendo un plazo para solicitar el carácter confidencial de aquellos documentos que consideraran oportunos. A la vista de las solicitudes recibidas, el 17 de noviembre de 2011 la DI notificó a UNIPAPEL y a DOHE el acuerdo de declaración de confidencialidad en relación con la documentación aportada en las solicitudes de clemencia de dichas empresas.

12. Durante el curso de la instrucción del expediente la DI ha realizado requerimientos de información a las empresas imputadas, a diversos clientes de dichas empresas (CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A., GRUPO ACCS, GRUPO NOVAX COMERCIAL DON PAPEL 2000, S.L., AGRUPACION SUMINISTRADORES DE OFICINAS DISNAK AIE, GRUPO DISOFIC, S.A., CARLIN VENTAS DIRECTAS, S.A., STAPLES PRODUCTOS DE OFICINA, S.L., HIPERCOR, S.A., ALCAMPO, S.A., ANTALIS OFFICE SUPPLIES, S.L., y MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA, S.A.) y a la Asociación Española de Fabricantes de Sobres y Manipulados de Papel y Cartón para la Enseñanza y la Oficina (en adelante, ASSOMA).

13. El 21 de noviembre de 2011 la DI notificó a GRAFOPLAS, ESSELTE, UNIPAPEL y DOHE los acuerdos de declaración de confidencialidad en relación con las solicitudes de confidencialidad presentadas por dichas empresas relativas a las contestaciones a los requerimientos de información realizados por el órgano instructor. El 2 de diciembre de 2011 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por ESSELTE ante el Consejo de la CNC contra este acuerdo de la DI (Expte. NUM004 ESSELTE). El 7 de diciembre de 2011, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la LDC y en el artículo 12.1.f) del RDC, la DI acordó la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente de referencia hasta que el Consejo procediera a resolver el mencionado recurso. El 22 de febrero de 2012 el Consejo de la CNC resolvió el recurso presentado por ESSELTE, notificando la DI el 28 de febrero de 2012 a las partes incoadas el levantamiento de la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento. Tras ello, la DI notificó a las partes incoadas el levantamiento de la confidencialidad de la información recurrida.

14. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 21 de diciembre de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos. En la notificación del PCH, conforme el artículo 50.1 de la LDC y el artículo 32 del RDC, se requirió a las empresas que aportaran información sobre sus volúmenes de negocios, así como, en caso de UNIPAPEL y ESSELTE, de sus matrices. Los escritos de alegación y de contestación al requerimiento de información formulado por la DI tuvieron entrada en la CNC el 10 de enero de 2011 en el caso de UNIPAPEL, el 19 de enero de 2012 en el caso de DOHE y el 23 de enero de 2012 en el caso de GRAFOPLAS y ESSELTE, aunque la contestación al requerimiento de información de ESSELTE se produjo el 25 de enero de 2012.

15. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, el 6 de marzo de 2012 la DI acordó el cierre de la fase de instrucción de este expediente sancionador, con el fin de redactar la propuesta de resolución, lo que fue notificado a los interesados.

16. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 21 de marzo de 2012 se notificó la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación a las partes, con el fin de que formularan alegaciones. El 27 de marzo de 2012 tuvo entrada en la CNC la solicitud de prórroga del plazo para formular alegaciones de ESSELTE y GRAFOPLAS, notificando la DI el 27 de marzo el acuerdo por el que se les concedía la ampliación de plazo solicitada.

17. Con fecha 12 de abril de 2012 tuvieron entrada en la CNC sendos escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentados por UNIPAPEL y DOHE. Con fecha 19 de abril de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por ESSELTE. Con fecha 24 de abril de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por GRAFOPLAS, conteniendo solicitud de práctica de pruebas testifical y documental ante el Consejo de la CNC.

18. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC, el 27 de abril de 2012 la DI elevó al Consejo el expediente para su resolución, junto con el Informe que incluye la propuesta de resolución así como la propuesta relativa a la exención y reducción de la multa previstas en los artículos 65 y 66 de la LDC.

19. Mediante escrito de 8 de mayo de 2012 ESSELTE comunicó a la CNC el cambio de domicilio de su representante legal. Posteriormente, el 21 de septiembre de 2012 se ha comunicado un nuevo cambio de domicilio.

20. Mediante escrito de 30 de julio de 2012 UNIPAPEL informa a la CNC de que con fecha 26 de mayo de 2012, se celebró una Junta General de Accionistas de UNIPAPEL, S.A. en la que se adoptó, entre otros, un



acuerdo para cambiar la denominación social "UNIPAPEL, S.A." por la nueva denominación social "ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A."

21. Con fecha de 11 de septiembre de 2012, el Consejo dictó Acuerdo por el que informa a las partes de que con fecha 5 de septiembre de 2012 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, por lo que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 11 de octubre de 2012, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

22. Mediante escrito de 16 de octubre de 2012 ESSELTE solicita subsanar determinados errores detectados en su contestación de 25 de enero de 2012 al requerimiento de la DI sobre volumen de negocios.

23. Mediante escrito de 25 de octubre de 2012 GRAFOPLAS solicita al Consejo la práctica de las pruebas formuladas y el alzamiento de la confidencialidad de los documentos mencionados por esa parte en su escrito de alegaciones formuladas a la Propuesta de Resolución, de día 19 de abril de 2012.

24. El Consejo terminó de deliberar y fallo el presente expediente en su reunión de 30 de octubre de 2012.

**CUARTO.-** Centrado el objeto de debate son muchas las razones que esgrime la mercantil recurrente para obtener o bien la nulidad de la sanción o, subsidiariamente, la reducción de la cuantía de la multa impuesta.

La conducta imputada se ha tipificado por la CNC con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que dispone:

*"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".*

La actividad que se prohíbe en el citado precepto es cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin; y no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

En el presente supuesto, resulta pertinente en este momento esbozar de manera general, la lógica y funcionamiento de la práctica sancionada tal y como se desprende de la resolución recurrida, que, en términos globales, este Tribunal asume.

La CNC consideró que desde el 11 de mayo de 2005 hasta el mes de febrero de 2010 existió un cártel de empresas del sector de productos del material de archivo. Su finalidad fue la adopción de acuerdos entre las empresas sancionadas consistentes en:

(1) la fijación de precios que afectaba, por una parte, a la fijación de los incrementos porcentuales de los precios para la totalidad de los productos de material de archivo y, por otra parte, a la fijación de los precios mínimos para los archivadores de palanca, jaspeados y de color, y carpeta de anillas, tanto los fabricados con la marca del fabricante como con la marca del distribuidor. Y para poder alcanzar ese objetivo se intercambiaron previamente información comercial sensible, como los incrementos de sus costes de fabricación y producción, principalmente de las materias primas como el acero, cartón, PVC y otros plásticos, que representan una parte importante del coste final del producto. Fijación de precios y tarifas que empezaron aplicarse en el año 2006.

(2) acuerdos de reparto de mercado a través del reparto de clientes para la fabricación de productos de marca blanca o marca del distribuidor (productos fabricados por los miembros del cártel con la marca del cliente, empresa distribuidora). Para ello las empresas del cartel se intercambiaron los nombres de los clientes para los que cada uno fabricaba archivadores de marca propia del cliente con el objetivo de conocer la cartera de clientes de cada una de las empresas del cártel. Y en base a esa información se adoptó el acuerdo de reparto del mercado instrumentalizado a través de un acuerdo por el que se respetaban a los clientes de marca propia de cada una de ellas a esa fecha, manteniendo así el "status quo" y, además, se decidió el reparto de los clientes mayoristas.

Estos acuerdos entre las entidades participantes en el cartel se realizaron a través de las reuniones convocadas "ex profeso" en la sede de la asociación del sector, ASSOMA, (unas 20 reuniones), casi con periodicidad



semestral, una a finales de año (noviembre/diciembre), antes de la campaña de archivo, para acordar los precios para el año siguiente, y otra normalmente en febrero, tras dicha campaña. Aunque también en algunos años se celebraron reuniones en otras fechas para comprobar el seguimiento de los acuerdos alcanzados.

Esta Sección a la vista de lo expuesto considera que se está ante una conducta anticompetitiva denominada cartel que supone un acuerdo formal y secreto entre empresas del mismo sector cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. La actuación referida encaja en el concepto de cartel recogido en la Disposición Adicional cuarta, apartado 2, de la Ley de Defensa de Competencia que dispone:

*"A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".*

No cabe duda de que los acuerdos adoptados sobre fijación de precios y de reparto de mercado, como es el caso, tenían aptitud para restringir la competencia en todo el mercado nacional, reduciendo la independencia en la toma de decisiones de las empresas al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa como es la fijación y/o negociación de precios y descuentos a sus clientes actuales y/o potenciales, realizando además las empresas del cártel un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, a través de la realización de tablas para el control de la evolución de los niveles de facturación en los productos con acuerdos de precios mínimos y la celebración de reuniones regulares. No es óbice para declarar la existencia del cártel y de la participación y conocimiento del mismo por parte de la recurrente el hecho de que no asistiera a alguna de las veinte reuniones acreditadas al constatarse, sin embargo, su asistencia en un momento posterior y, además, porque en ningún momento demostró públicamente ni su oposición ni su apartamiento. Por otra parte, dichos acuerdos si tuvieron efectos en el mercado al ser susceptibles de alterar la competencia pues las empresas reducían así la incertidumbre a la que se enfrentaban conociendo mejor la estrategia comercial de los competidores. Lo que contribuía a reforzar su poder negociador frente a los clientes distorsionando así la competencia. Este Tribunal declara que la conducta examinada se ha calificado correctamente como de cartel por la CNC. Y la calificación de la conducta examinada como cartel es una calificación jurídica que corresponde a este Tribunal determinar sin que sea este un tema que pueda ser desvirtuado por una prueba pericial practicada en autos a solicitud de la actora, como así ha sucedido en el presente supuesto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile en su párrafo 26 refiere que:

*"Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 63)".*

Esa misma sentencia del Tribunal de Justicia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

*"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.*

*(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".*

No es comprensible adoptar acuerdos comunes sobre precios comunes y mínimos así como acuerdos sobre algunas condiciones comerciales comunes si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y de eliminar la incertidumbre y, por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la



competencia; y, además, es lo cierto que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta analizada es perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

**QUINTO.** - La CNC ha calificado, además, esas conductas como infracción única y continua que se desarrollaron desde el 11 de mayo de 2005 hasta el mes de febrero de 2010, periodo en el que varias empresas actuaron con un plan único y homogéneo de actuación conjunta participando en la adopción de acuerdos dirigidos a determinar y fijar los precios mínimos y comunes así como condiciones comerciales en el sector del material de archivo. Para la CNC la mercantil recurrente participó en la adopción de esos acuerdos durante todo el periodo considerado como de duración del cártel.

Debemos recordar la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia que ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua que parten de un presupuesto irrenunciable, como es la existencia de un plan único de actuación conjunto de las distintas entidades implicadas. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11 , apartado 41, en el que se indica que:

*" Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE , puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004 , Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".*

En el cártel que ahora se revisa concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria toda vez que consta que se adoptaron por diversas empresas competidoras entre sí varios acuerdos bajo el interés de una actuación común y preconcebida que afectaban a la competencia al imponerse por un lado unos precios mínimos comunes en relación con el material de archivo y, por otro lado, un reparto de los clientes del mercado; actuaciones que por sí solas podían restringir la libertad de las partes de actuar independientemente en el mercado. Y ello permite encuadrar todas las conductas bajo el concepto de infracción única y continua.

**SEXTO.-** Corresponde examinar ahora cual fue la participación concreta de la recurrente en la adopción de los referidos acuerdos y prácticas anticompetitivas. Y ello nos conduce a examinar si hay prueba sobre su culpabilidad.

La recurrente niega su participación en las reuniones en las que presumiblemente se adoptaron los acuerdos colusorios referidos. Apoya su defensa refiriendo que no puede aceptarse su participación en las reuniones que la CNC entiende que si intervino por la mera mención manuscrita realizada por terceros que, además, se han beneficiado del programa de clemencia. Especialmente entiende que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque niega valor probatorio a las declaraciones de los directores generales de las empresas UNIPAPEL y DOHE que presentaron las denuncias para poder obtener, según el caso, la exención o la reducción del importe de la multa.

Corresponde así analizar el valor probatorio de las declaraciones de los solicitantes de clemencia. Sobre este extremo debemos remitirnos a lo que esta misma Sección ya ha declarado en la sentencia de 7 de abril de 2014, recurso nº 6/12 , en la que se dijo:

*"La Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , en sus apartados 52 a 56 sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes términos:*

*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).

3º. 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).

4º. 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).

5º. 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").

En un principio, debemos afirmar pues, que las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de prueba adicionales.

Y en el presente caso, no es cierto que la participación de la recurrente en las reuniones en las que se adoptaron acuerdos restrictivos de competencia se haya acreditado únicamente con los documentos y con las declaraciones de los directores generales de las denunciadas. Al contrario, el contenido de esos documentos coinciden en su contenido con las notas manuscritas realizadas por los representantes de las otras empresas participantes en las reuniones y que se obtuvieron por la Dirección de Investigación en la inspección de las sedes de las otras empresas participantes realizada de forma simultánea en fecha 27 de octubre de 2010; incluso en algunos casos coinciden con las notas manuscritas elaboradas por el representante de la mercantil ahora recurrente que se realizaban o bien durante el desarrollo de las reuniones o bien posteriormente pero recogiendo en esas notas lo que se había acordado en ellas. Por tanto, no puede admitirse que se está ante pruebas preparadas y elaboradas ex post por las mercantiles denunciadas como intenta hacer creer la ahora recurrente. De modo que la referida información reservada de las denunciadas no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea ( Sentencia del Tribunal General de 16.6.2011, asunto *FMCForet/comisión*, 8.7.2008, asunt *La Farge/Comisión* t-54/03 ).

Por otra parte, no puede olvidarse la suficiencia de la prueba indiciaria y de los requisitos para su validez como prueba de cargo y más en una materia como la examinada en la que difícilmente se obtendrán pruebas directas de la participación en la adopción de los acuerdos colusorios. Es indudable que la carga de la prueba corresponde a la CNC en la medida en que dicho órgano es el que impone la sanción y debe, en consecuencia, desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de que goza la empresa recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 CE .



No obstante, el derecho a la presunción de inocencia no puede identificarse con la obligación por parte de la Administración sancionadora, de contar siempre y en todo caso con pruebas directas de la comisión de la infracción.

La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las 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 razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11, apartados 70 y concordantes.

Es posible que quizás la afirmación de la mercantil hubiera podido tener la trascendencia que quiere atribuirle si la CNC basara su participación única y exclusivamente en las notas manuscritas del tercero denunciante. Esa afirmación pudiera plantear dudas a esta Sala si no hubiera más indicios que corroboraran su participación y conocimiento de los acuerdos anticompetitivos. Lo que sucede es que en este caso junto a las citadas notas manuscritas y declaraciones de los directores generales de las empresas denunciadas en las que se indica su asistencia a las citadas reuniones resulta, además, acreditada su participación con los siguientes medios de prueba obtenidos por la CNC: correos electrónicos a través de los cuales se demuestra que recibió y envió información sobre precios y tarifas; declaraciones de los representantes de las otras empresas participantes en el cártel obtenidas en las inspecciones de las sedes de dichas empresas, incluso del propio recurrente (documentos encontrados en sede de DOHE (folios 260, 262, 263, 266, 268, 270, 271, 1822, 1823, 1873) y en la sede de GRAFOPLAS (folios 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 439, 440 y 493); mediante el registro y listado de llamadas de teléfono realizadas por el Director General de Distribución y por el Director Industrial de UNIPAPEL al Director General y Comercial de GRAFOPLAS - folios 82 a 93-; y de la información obtenida de los requerimientos de información realizadas a las empresas distribuidoras de clientes de las empresas participantes en el cartel, como el Grupo ACCS, STAPLES PRODUCTOS DE OFICINA, S.L., GRUPO DISOFIC, S.A., AGRUPACION DISTRIBUIDORES DISNAK, A.I.E., y ANTALIS OFFICE SUPPLIES, S.L. (folios 2138 a 2143, 2074 a 2081, 2143 a 2252, 2135 a 2252 y 2082 a 2106).

Pruebas de cargo que desvirtúan la presunción de inocencia de la recurrente puesto que no puede desconocerse que muchas de las pruebas de cargo referidas son documentos contemporáneos a la comisión de la infracción y se han elaborado en una relación inmediata con los hechos; además, los documentos aportados por los denunciados no se limitan a inculpar a terceras empresas sino que reconocen su propia participación y son por tanto documentos auto inculpativos.

Por tanto, de la documental que obra en el expediente se deduce que la actora participó en un cártel que tenía por objeto la fijación de precios y el reparto de mercado en el ámbito del material de archivo entre mayo de 2.005 y febrero de 2.010. Ese cartel se instrumentó en diversas reuniones celebradas generalmente en la sede de la asociación ASSOMA, a las que acudió GRAFOPLAS, y en las que mediante un intercambio de información sobre incrementos de costes y precios coordinaban las estrategias para fijar precios mínimos para material de archivo, además de fijar las comunicaciones que mandarían a sus clientes, siendo dichos acuerdos objeto de seguimiento.

Por otra parte, la recurrente sostiene en su defensa que no puede ser considerado miembro del cartel porque las reuniones a las que acudió tenían por objeto intercambios de información y que por ello se realizaban en la sede de ASSOMA y que, además, se convocaban por esta Asociación.

No puede justificarse la falta de responsabilidad alegando que acudía las reuniones convocadas por la Asociación con la confianza de estar actuando de acuerdo a parámetros de legalidad y de que los acuerdos adoptados no perseguían objetivos anticompetitivos al estar las reuniones convocadas por la asociación del sector y celebrarse, además, en su sede. Es difícil imaginar que pueda creerse que se estaba ante reuniones en las que se pudieran discutir y tratar aspectos comunes a todos los miembros de la asociación cuando a dichas reuniones únicamente acudían cinco empresas, y no la mayoría de las empresas pertenecientes a la sección de carpetería de la asociación; por otra parte esas cinco empresas eran las únicas que adoptaron los acuerdos colusorios y a ellas únicamente beneficiaban.

Igualmente debemos rechazar la afirmación de la recurrente cuando considera que carece de responsabilidad porque creyó que eran reuniones en las que se trataban temas beneficiosos para todas las empresas competidoras pero sin intención de alterar la libre competencia entre ellas. En este aspecto se recuerda la



doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia ya referida del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

*"(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.*

....

*(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.*

*(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".*

En el caso analizado no consta que la recurrente al recibir la información antes relatada a través, especialmente, de los correos electrónicos se apartara expresamente del grupo o manifestara su oposición a ese tipo de prácticas, al contrario consta su seguimiento y control específico sobre las otras empresas sobre el cumplimiento de los acuerdos adoptados y, además, seguía activa en el mismo sector de actividad lo cual permite concluir que su participación era activa y conocía los acuerdos que se estaban adoptando.

No es tampoco admisible que la recurrente justifique ahora su defensa afirmando que el Director Comercial de la misma y que aparece como asistente en las reuniones del cártel, no tuviera poderes de representación para adoptar medidas en nombre de la empresa sancionada sobre el reparto de los clientes ni tampoco sobre la fijación de precios. No es creíble que el citado trabajador, con funciones tan específicas como la de ser Director Comercial, actuara por su cuenta sin conocimiento de la empresa para la cual trabajaba pues con dicha actuación no se alcanza a comprender que provecho o beneficio podía obtener el citado Director Comercial actuando por su cuenta como ahora le reprocha la recurrente cuando, por otra parte, si hubiera sido cierta esa afirmación la recurrente hubiera interpuesto frente al mismo algún tipo de acción de responsabilidad dadas las graves consecuencias que se derivaban de su actuación. Nada de esto consta por lo que es presumible la connivencia del Director Comercial con la empresa para la que trabajaba cuando, además, el correo electrónico utilizado por el citado trabajador era el correo de la empresa. Por otra parte, tenía un cargo que permitía al resto de las empresas generar la confianza de que actuaba en nombre de la mercantil GRAFOPLAS. Cargo que le permitía tener conocimientos sobre los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de la empresa. Además, consta en el folio 2953 del expediente que en julio de 2007 la recurrente dio instrucciones al Director Comercial para que no volviera a las reuniones y aunque no consta su asistencia a dos reuniones (18 de septiembre y 22 de noviembre de 2007) posteriormente reanudó su asistencia sin que esa inasistencia pueda suponer, en ningún caso, ruptura de la conducta que impida hablar de infracción única y continua.

**SÉPTIMO.-** Mención especial debe hacerse a la alegación de la recurrente respecto de violación de su derecho de defensa por habersele denegado el acceso a la declaraciones de las sociedades denunciadas, UNIPAPEL y DOHE, declaradas confidenciales.

El artículo 51 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, trata de conciliar los dos aspectos en juego: por un lado, la preservación de la confidencialidad de las declaraciones del solicitante de clemencia y por otro las garantías de acceso al expediente de los inculcados para poder realizar una defensa efectiva de sus derechos. En síntesis establece un sistema en el que el recurrente tiene acceso a todos los datos y documentos necesarios para contestar el pliego de concreción de hechos y la posibilidad de tomar notas, pero sin obtener copias de la declaración del solicitante de clemencia. Sistema que si se ha respetado por la CNC en el expediente sancionador que ahora se revisa. La CNC le facilitó el acceso a todo el expediente y la recurrente tomó vista del expediente y durante esa vista se le facilitaron



las declaraciones de los clementes, con imposición de condiciones en lo que se refiere a la utilización de dicha información, exclusivamente para los efectos del ejercicio del derecho de defensa. Por ello, mal puede la recurrente afirmar que se ha vulnerado su derecho de defensa. Lo que es evidente, es que no puede identificarse el ejercicio del derecho de defensa con la posibilidad de obtener una copia de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues el acceso a los documentos puede realizarse de formas diferentes.

En este punto resulta procedente la cita de la jurisprudencia del Tribunal General que en numerosas sentencias ha indicado que: *"Es preciso recordar que el acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene por objeto, en particular, permitir a los destinatarios de un pliego de cargos conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado en su pliego de cargos basándose en tales documentos. El acceso al expediente forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (véase la sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 334, y la jurisprudencia citada). El derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 125, y la sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 81). Ello incluye tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 82 supra, apartados 9 y 11, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 36 supra, apartado 68)".*

Desde esta perspectiva debemos concluir, según se desprende de las propias manifestaciones de la recurrente, que tuvo acceso a todos los documentos incorporados al expediente y que fueron empleados en la redacción de la resolución, salvo aquellos que la CNC declaró reservados. En estas circunstancias, no consta que la recurrente haya ejercitado su legítimo derecho a identificar los documentos clasificados como secretos que no han sido incorporados al expediente y que estima que pudieran ser empleados en su descargo. Para ello la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su auto de fecha 15 de febrero de 2007 recordaba en relación con la cuestión que ahora suscita la actora:

*"La parte recurrente no ha acreditado en términos concretos la necesidad ineludible de conocer los datos que aparecen en el documento controvertido para el correcto ejercicio de su derecho de defensa en el presente proceso. No queda justificado, por tanto, que el citado documento declarado confidencial en el procedimiento administrativo deba perder ahora tal carácter, con el sólo fundamento de la genérica apelación al derecho de defensa o a la utilidad del mismo para el ejercicio de dicho derecho.*

*Por otra parte, esta Sala ha entendido en muchos otros casos precedentes que los datos comerciales de las partes que no sean públicos tienen, en general, carácter reservado, en la medida en que su conocimiento por parte de posibles competidores pueden ocasionar perjuicios de difícil previsión anticipada. Por ello y salvo que quede claro que el conocimiento de documentos de esa naturaleza sea imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho de defensa de una parte procesal, las informaciones comerciales no públicas o no puestas en conocimiento voluntario por la parte a la que pertenecen deben conservar en el proceso judicial, en principio, el carácter reservado que les haya otorgado en el procedimiento administrativo el órgano administrativo competente."*

Y en este caso la actora no ha efectuado alegaciones que permitan a esta Sala concluir que los referidos documentos confidenciales sean de imprescindible conocimiento para articular su defensa, por lo que debe desestimarse este motivo de recurso.

**OCTAVO.** - Finalmente la recurrente refiere en relación con la cuantía de la multa impuesta que vulnera el principio de proporcionalidad y que no se le han aplicado circunstancias atenuantes.

A continuación, se analizan las circunstancias modificativas de responsabilidad invocadas por la recurrente. Si bien para la consumación de una infracción por objeto los efectos de la conducta sobre el mercado son irrelevantes, no lo son en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, perspectiva desde la que se analizan estas alegaciones.

La primera atenuante invocada, consiste en la no aplicación efectiva de la conducta prohibida, prevista en el artículo 64.3 b) LDC. A este respecto debe recordarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Asunto KME, C- 389/10, apartados 75 a 77, que vincula la aplicación de la atenuante por la inaplicación de los acuerdos anticompetitivos, al hecho de que la inaplicación sea total, lo que no ocurre



en este caso, en el que a lo sumo, puede apreciarse una distinta intensidad en su aplicación a lo largo de su duración.

La segunda se refiere a la indebida aplicación de la circunstancia mencionada en el artículo 64.1 b) LDC, ya que la CNC no ha probado el daño causado a los consumidores, cuestión que ya ha sido tratada anteriormente en sentido adverso a los postulados de la recurrente, pues los acuerdos se aplicaron, aunque fuera parcialmente, y eso determina la existencia de un daño real para el mercado. No se trata de cuantificar ese daño, lo que sería propio de una reclamación de daños y perjuicios.

La precaria situación financiera de la recurrente en un contexto de crisis económica, no puede justificar una mitigación de la sanción, pues como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, asunto KME, antes reseñada, apartado 97 en relación con el 85, los cárteles suelen surgir en momentos de dificultad del sector, por lo que estas dificultades, que propician la aparición de los cárteles, no pueden constituir una circunstancia atenuante. Esta doctrina, por otra parte, no es más que reiteración de una posición constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto Roca T-412/10, apartado 163 y la de 12 de septiembre de 2007 Asunto Prym., antes reseñada, apartado 230 sobre los efectos discriminatorios de tal reducción).

Tampoco podemos apreciar como atenuante la supuesta colaboración de la recurrente con la CNC, pues no especifica en qué ha consistido esa cooperación y en qué medida ésta ha ido más allá del deber de cooperación que impone a todas las empresas implicadas el artículo 39 de la LDC. El artículo 64.3.d de la LDC, citado por la recurrente, subraya que la colaboración debe ser activa y eficaz.

Es decir, para la toma en consideración de esta circunstancia como mitigadora de la sanción, deberá justificar el recurrente haber desplegado una actividad que incorpore un valor añadido que facilite los fines de la investigación, y que vaya más allá del simple deber de colaboración que se identifica con la contestación a todos los requerimientos que formule la CNC, la respuesta en plazo y el acompañamiento de los documentos solicitados, obrantes en poder de la empresa investigada, lo que no ha ocurrido en este caso.

**NOVENO.** - Finalmente la recurrente refiere que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía.

En este caso la sanción se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados 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 por ese único motivo, esta Sección estima y acepta la afirmación de la recurrente de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias. Y ello nos llevan a la estimación del recurso contencioso administrativo pero exclusivamente en este punto y se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia a que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia.

**DÉCIMO.** - Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo no se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo nº **31/2013**, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Gamarra Megias, en nombre y en representación de la mercantil GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., contra la resolución dictada en fecha 21 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 Material de Archivo y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia.

No se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que la presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos



establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 15/12/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ