

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO, empresa GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 24 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016 (recurso 31/2013), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 (recurso 5153/2017) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. (en adelante GRAFOPLAS) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de noviembre de 2012 (expediente S/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 21 de noviembre de 2012¹, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó:

“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 PLÁSTICAS ESCUDERO, S.A., ESSELTE, S.A., GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. y UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y su matriz UNIPAPEL S.A. (actualmente ADVEO

¹ En su versión consolidada de 30 de abril de 2013, consecuencia de la subsanación de errores por Resolución de revocación parcial de 25 de abril de 2013.

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. 4.335.706€ a ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A.
2. 576.346€ a DOHE, S.A.
3. 1.548.472€. a GRAFOPLAS.
4. 2.403.802€ en el caso de ESSELTE S.A.

TERCERO. *Declarar que ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A. reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirle del pago de la multa que este Consejo hubiera podido imponerle.*

CUARTO. *Declarar que DOHE, S.A. reúne los requisitos del artículo 66 LDC y, en consecuencia, aplicarle una reducción del 50% importe de la multa, por lo que la multa que le corresponde es de 288.173€.*

QUINTO. *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.”*

2. Con fecha 27 de noviembre de 2012 le fue notificada a GRAFOPLAS la citada resolución (folio 106) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (31/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma, que le fue concedida, mediante auto de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2013, exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la prestación de garantía por importe de 1.548.472 €, garantía que fue declarada suficiente por providencia de 30 de noviembre de 2015.
3. Mediante sentencia, firme, de 29 de noviembre de 2016, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (31/2013) interpuesto por GRAFOPLAS en el único extremo referido a la cuantificación de la multa, ordenando a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) que realizara un nuevo cálculo de 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 su sentencia de 29 de enero de 2015. Contra dicha sentencia GRAFOPLAS interpuso recurso de casación.
4. Mediante auto de 28 de febrero de 2017, la Audiencia Nacional acordó tener por no preparado el citado recurso de casación, frente al cual GRAFOPLAS interpuso recurso de queja (recurso nº282/2017).

5. Con fecha de 9 de mayo de 2017, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), en el expediente VS/0317/10 MATERIAL DE ARCHIVO, acordó:

“ÚNICO. - Imponer a DOHE, S.A., a ESSELTE S.A. y a GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de mayo 2015, 5 de junio de 2015 y 29 de noviembre de 2016 (Recursos nº 706/2012, nº 5/2013 y nº 31/2013), y en sustitución de las inicialmente impuestas en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de noviembre de 2012 (Expte. S/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO), las siguientes multas:

- A DOHE, S.A., 155.600 euros.
- A ESSELTE S.A., 910.900 euros.
- A GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., 898.200 euros”.

Dicha resolución fue notificada a GRAFOPLAS el 12 de mayo de 2017.

6. Mediante auto de 29 de mayo de 2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección primera) estimó el recurso de queja 282/2017, interpuesto por GRAFOPLAS, contra el auto de 28 de febrero de 2017, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 31/2013.
7. Con fecha 7 de septiembre de 2017, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolvió revocar, en lo relativo a la sanción impuesta a GRAFOPLAS, la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de mayo de 2017, dictada en ejecución de sentencia en el expediente VS/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO.
8. Con fecha 18 de diciembre de 2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto (recurso 5153/2017) frente a la sentencia de la Audiencia Nacional 29 de noviembre de 2016.
9. Según consta en la base de datos del Registro Mercantil el importe neto de cifra de negocios de GRAFOPLAS en el año 2011 es de 15.484.726,44 € (folio 582).
10. Es interesado GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.
11. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 24 de enero de 2019.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2012, dictada en el expediente S/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO, impuso una multa de 1.548.472€ a GRAFOPLAS, contra la que interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto nº31/2013, fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 29 de noviembre de 2016, anulando la multa y ordenando a la CNMC a que cuantifique la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015.

Frente a la citada sentencia, GRAFOPLAS interpuso recurso de casación (recurso 5153/2017), siendo desestimado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 18 de diciembre de 2018, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero señala lo siguiente:

“(…) En consecuencia, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación, por lo que subsiste lo dispuesto en la sentencia recurrida, siendo oportuno precisar que cuando la CNMC proceda a fijar de nuevo la cuantía de la multa, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala de la Audiencia Nacional, no habrá de apreciar la concurrencia de la atenuante prevista en el artículo 64.3.a) de la Ley 15/2007, al haber quedado ya resuelta esta cuestión”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 21 de noviembre de 2012.

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a GRAFOPLAS, hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la resolución de 21 de noviembre de 2012 y que han sido corroborados por los tribunales.

Sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por las sentencias que ahora se ejecutan, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, GRAFOPLAS (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.
- En particular, según lo señalado en el Fundamento de Derecho séptimo, el Consejo de la CNC considera responsable de la infracción anteriormente reseñada a GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. por el período comprendido desde mayo de 2005 hasta 2010.

La resolución del Consejo de la CNC de 21 de noviembre de 2012 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Dimensión y características de los mercados afectados por la conducta.

El expediente se enmarca en el sector de material de archivo, que engloba diversos productos: carpetas colgantes, archivadores de plástico y de cartón, carpetas de anillas, índices y separadores, fundas y dossiers, así como otros productos de archivo (carpetas de gomas, subcarpetas y cajas de archivo definitivo).

Se trata de un mercado maduro (existe desde hace tiempo, la tecnología empleada es conocida y no ha experimentado cambios importantes) si bien la demanda se encuentra en claro descenso en los últimos años (alrededor del 11%), como consecuencia de los efectos de la contracción económica en que se encuentra la economía española y del cambio en los hábitos de archivo de la sociedad que actualmente se dirige hacia los archivos en formato electrónico.

La cuota de las imputadas en el mercado queda resumida en el siguiente cuadro (página 11 de la resolución):

EMPRESAS	TOTAL	ARCH PALANCA	CARPETAS COLGANTES	CARPETAS ANILLAS	IND/ SEPAR	RESTO
UNIPAPEL	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[20-30]	[0-10]	[30-40]
ESSELTE	[10-20]	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[0-10]
GRAFOPLAS	[10-20]	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
COMERCIAL SUR	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
DOHE	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
ELBA (HAMELIN)	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
FADE	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
IBARRA	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
PARDO	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
AMBAR	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
OTROS	[30-40]	[10-20]	[10-20]	[30-40]	[40-50]	[10-20]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Dicho cuadro refleja que las empresas declaradas responsables de la infracción son las principales fabricantes de archivadores de palanca, indicadores/separadores y carpetas de anillas en el mercado español de productos de material de archivo, teniendo el resto de sus competidores cuotas de mercado inferiores al 10%.

- Duración. El cartel se extiende desde mayo 2005 a febrero 2010.
- Volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por duración. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 15 de la Comunicación de Multas, el volumen de negocios de los mercados afectados fue ponderado por el coeficiente temporal. Para ello el Consejo de la CNC *anualizó* los datos de ventas con el fin de atender a la facturación de años no naturales (mayo 2005 – febrero 2010), para la aplicación del referido coeficiente reductor sobre los volúmenes aportados (folio 640 y ss).
- Atenuantes o agravantes. No se han apreciado circunstancias atenuantes, ni agravantes.
- Cálculo del importe básico y límite del 10%. La resolución recoge de manera pormenorizada las estimaciones seguidas para calcular el importe básico de la sanción que queda resumido en el siguiente cuadro:

	Mercado afectado ponderado (€)	Tipo aplicado %	Importe básico (€)	Límite del 10% del VNT (€)	Importe sanción
GRAFOPLAS	15.663.368	10%	1.566.337	1.548.472	1.548.473 €

La multa así calculada supuso para GRAFOPLAS una multa del 10,0% de su correspondiente volumen de negocios total en 2011, año anterior al de la resolución sancionadora.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados por la doctrina del Tribunal Supremo, iniciada mediante sentencia de 29 de enero de 2015, que son, en esencia, los siguientes:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, de modo que *“habiéndose dictado la resolución sancionadora el 12 de noviembre de 2009 el periodo a tomar en consideración debió de ser el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año 2008.”*

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011). Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción a GRAFOPLAS basados en los hechos acreditados en la resolución original (S/0317/10) y confirmados por la Audiencia Nacional.

La infracción que acredita la resolución de 21 de noviembre de 2012 (y confirma la Audiencia Nacional) de la que es responsable GRAFOPLAS es una infracción muy grave (art. 62.4.a LDC) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del

volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

GRAFOPLAS, junto a otras empresas, es responsable de participar en un acuerdo colusorio basado en una serie de contactos entre las partes, en los que se trató aspectos relativos a su política comercial y, en particular, sobre los aspectos relativos a sus estrategias de precios. Además, esta empresa se reunió para intercambiar información sobre sus incrementos de costes y sobre los incrementos de precios que tenía pensado aplicar, coordinando sus estrategias para armonizar tales incrementos. Asimismo, acordó precios mínimos para determinados productos donde la presión de los clientes podía ser mayor, ya fueran de marca o de distribuidor o acordó no realizar promociones. Por otro lado, se coordinó en los aspectos relativos a las comunicaciones que mandaría a los clientes para informarles de tales incrementos. Por último, supervisó la ejecución de los acuerdos.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el importe neto de la cifra de negocios de GRAFOPLAS relativa al año 2011, es de 15.484.726,44 € (folio 582).

Sobre estas premisas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 21 de noviembre de 2012 (S/0317/10), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado sería el de material de archivo (el cual engloba una diversidad de productos como carpetas colgantes, archivadores de plástico y de cartón, carpetas de anillas, índices y separadores, fundas y dosieres, así como otros productos de archivo).

En ese mercado, la resolución original mostró que las empresas infractoras – incluyendo a UNIPAPEL-ADVEO, empresa beneficiada por el programa de clemencia– presentaban conjuntamente una elevada cuota del mercado relevante.

La participación de GRAFOPLAS en las conductas se corresponde con el período comprendido entre mayo 2005 y febrero 2010. Por otra parte, la resolución original del Consejo de la CNC acogió la argumentación de la Dirección de Instrucción y consideró que se trataba también de una infracción del artículo 101 del TFUE.

De la información que obra en el expediente puede concluirse que este cártel produjo efectos en el mercado, disminuyendo la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a los precios que iban a aplicar sus competidores, lo que dio lugar a precios más elevados que los que de otra forma se hubieran registrado.

Por otro lado, las partes se valieron de un sistema de vigilancia, basado en unas tablas usadas para el control de la evolución de los niveles de facturación en los productos con acuerdos de precios mínimos. Además, cabe destacar la alta frecuencia con la que los miembros del cártel programaban sus reuniones.

En la siguiente tabla se reflejan, a efectos de la individualización de la sanción, la cuantificación del volumen de negocios del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de GRAFOPLAS en el mismo:

Empresa infractora	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en la infracción (% del VNMA)
GRAFOPLAS	28.981.551	20,3

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, efectos y duración de la infracción, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes y atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la empresa.

El tipo sancionador que se considera que debe aplicarse a la entidad infractora, atendiendo a la gravedad y a las circunstancias concurrentes en la conducta, así como a la participación en ella de la empresa, sería la siguiente:

Empresa infractora	Tipo sancionador (% del volumen de negocios total)
GRAFOPLAS	5,8%

La utilización del volumen total de ventas de la empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, particularmente en el caso de empresas multiproducto. En este sentido, se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial²), al que se aplica un factor de disuasión.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción.

En el caso de la empresa infractora a la que se refiere este expediente de recálculo no sucede lo anteriormente descrito, porque el importe de la sanción que resulta de aplicar el tipo sancionador de la tabla anterior se encuentra claramente por debajo del límite de

² Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante.

proporcionalidad estimado. Por tanto, la sanción que corresponde imponer a GRAFOPLAS asciende a 898.200 euros.

Dicha sanción no supera la que fue impuesta por la resolución original de la CNC, por lo que no procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius*.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016 (recurso nº31/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de noviembre de 2012 (expte. S/0317/10, MATERIAL DE ARCHIVO), la multa de **898.200 euros**.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.