



Roj: **SAN 6047/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6047**

Id Cendoj: **28079230062022100657**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **438/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000438 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03325/2019

Demandante: GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEGÍAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 438/19 promovido por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, en nombre y representación de **GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.**, contra la resolución de 24 de enero de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se ejecuta la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016, en virtud de la sentencia dictada por el 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 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).

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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

" que declare la nulidad del acto administrativo impugnado por los motivos que se invocan y anule la sanción de 898.200 € de multa impuesta a GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. y, subsidiariamente, reduzca dicha multa a la cantidad de 100.000 euros, por aplicación efectiva de las reglas de proporcionalidad establecidas por el artículo 64.1 de la LDC y la Jurisprudencia."

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.- En virtud de Auto de 19 de abril de 2017, se tuvo por contestada la demanda y fijada la cuantía en 898.200 € euros se declaró pertinente la documental pública propuesta por la parte recurrente, teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como los documentos acompañados con el escrito de interposición de recurso y los acompañados con el escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Seguidamente, mediante providencia de 18 de noviembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 30 de noviembre de 2022, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado 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 24 de enero de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se ejecuta la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016, en virtud de la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018, rec. 5153/2017 por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. 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).

SEGUNDO.- Por resolución de 21 de noviembre de 2012, 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. 2 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 contra la que interpuso recurso contencioso administrativo, 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 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 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 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 nº 282/2017).

5. Con fecha de 9 de mayo de 2017, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en 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, rec. 5153/2017 frente a la sentencia de la Audiencia Nacional 29 de noviembre de 2016.

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial en el procedimiento administrativo sancionador garantizado por el art. 24 .2 CE, en su vertiente del derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Expone que la CNC para ejecutar la sentencia y cuantificar de nuevo la sanción no reabrió el procedimiento y, sin dar audiencia a GRAFOPLAS, ha dictado una Resolución bajo un nombre de expediente diferente, VS/0317/10, del que no le ha notificado ni su incoación ni la Propuesta de Resolución.

Al estar fundada la anulación de la sanción anterior en la jurisprudencia emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que no existía en el momento de la primera resolución de la CNC ni en el de la interposición del recurso contencioso administrativo interpuesto contra aquella, para el cálculo de la sanción la CNMC hubiera debido dar audiencia a GRAFOPLAS con el fin de que pudiese alegar lo que tuviera por conveniente sobre la aplicabilidad de los criterios jurisprudenciales a los hechos declarados probados.

Así, habría podido alegar que: a) Ni la resolución ni el expediente contienen cifras o estudios que permitan determinar que la infracción produjo efectos reales sobre el mercado o sobre los consumidores, lo que constituye uno de los elementos más importantes para el cálculo de la sanción. b) Que no hay datos que permitan afirmar que GRAFOPLAS obtuvo beneficios ilícitos como consecuencia de la infracción ni, por lo tanto, la cuantía de esos beneficios ilícitos. c) Finalmente, sobre su condición de empresa multiproducto y la proporción existente entre su producción total y la correspondiente a los productos de archivo, a los que se refiere la conducta sancionada.

En segundo lugar, denuncia la falta de motivación y arbitrariedad de la resolución recurrida porque explica que en el mercado del material de archivo GRAFOPLAS ostenta una cuota superior al 10% e inferior al 20% y, la propia resolución de la CNMC atribuye a GRAFOPLAS una cuota de participación en la infracción del 20,3%. Por lo tanto, si la cuota de mercado de GRAFOPLAS en el mercado de productos de archivo es inferior al 20%, como afirma la propia resolución, no tiene sentido que se diga que su cuota de participación en la infracción sea del 20,3%, es decir, superior a su propia cuota de mercado.

Otro tanto sucede con la no valoración del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción. La resolución no determina el beneficio ilícito supuestamente obtenido por GRAFOPLAS ni tampoco aparece



ningún dato en el expediente, a pesar de que la CNC podría haberlo calculado simplemente con requerir los datos económicos necesarios para ello. La resolución no prueba que el beneficio ilícito realmente se haya producido.

Denuncia que la resolución recurrida confunde dos de los criterios de proporcionalidad establecidos por el artículo 64.1 de la LDC, como son el del alcance de la infracción (art. 64.1.c) y el de los efectos de la misma (art. 64.1.e), que son dos cosas diferentes.

Censura también que la resolución recurrida no distingue el alcance de la infracción (64.1.c) que hace referencia a las características del acuerdo y a sus efectos potenciales, mientras que los efectos de la infracción (64.1.e) se refieren a los efectos concretos que la misma haya producido sobre los competidores y los consumidores (cuantía de los incrementos de precio, si es que éstos se hubieran producido, perjuicios reales a los competidores, etc), todo lo cual no se encuentra determinado en la resolución impugnada ni en el expediente.

Es más, los posibles perjudicados por la infracción siguen siendo en la actualidad clientes de GRAFOPLAS e incluso le han incrementado su volumen de compras. Asimismo, ninguno de los clientes de GRAFOPLAS ha presentado requerimientos o demandas de reclamación de daños y perjuicios por su participación en el acuerdo anticompetitivo, lo que también constituye un indicio de que la infracción no produjo ningún efecto apreciable en el mercado.

La CNMC no ha investigado la cuota de mercado total de GRAFOPLAS en el mercado de productos para papelería y oficina, que es la que habría tenido que valorar a efectos de proporcionalidad para el cálculo de la sanción y aunque se entendiera correcta la opción de la CNMC de calcular la cuota de mercado conforme al del realmente afectado por la infracción, y que se aceptase que la cuota de mercado de GRAFOPLAS fue del 10-20%, dicho porcentaje debería ser considerado en su límite inferior. La CNMC hubiera debido atribuir a GRAFOPLAS un grado de responsabilidad correspondiente al 10% de su participación en el mercado, que es lo único realmente probado, y no en el 20%, como efectivamente realiza.

Denuncia, por último, la incorrecta valoración de la condición de GRAFOPLAS como empresa multiproducto.

A su juicio, la CNMC, reconoce la necesidad de ponderar la cualidad de empresa multiproducto de GRAFOPLAS pero olvida realizarla.

GRAFOPLAS es una empresa que, además de material de archivo, fabrica y comercializa muchos otros productos de papelería y para oficina (artículos de plástico, cartón y papel y demás productos complementarios) que son de distinta naturaleza al material de archivo, pero la CNMC no ha consultado a la actora ni le ha permitido formular alegaciones de ninguna clase en la fase de ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional. La CNMC ha omitido que:

En 2010, el volumen de negocios total fue de 16.153.413,41 euros y el volumen de negocios en productos de material de archivo: 5.498.754,34 euros, por lo tanto, el porcentaje de negocios en material de archivo fue de 34,04% como acredita el Informe pericial de la consultora VENTO, aportado por GRAFOPLAS con la demanda.

El 66% de la producción de GRAFOPLAS, más de dos terceras partes de la misma, es ajeno a los hechos sancionados y constituye una circunstancia relevante para rebajar la cuantía de la multa impuesta.

CUARTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, la jurisprudencia ha rechazado la necesidad de abrir un trámite de audiencia en los supuestos de recálculo de la sanción impuesta por la CNMC para aplicar los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007, consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

En la sentencia de 5 de marzo de 2020, rec. 1957/2019, el Tribunal Supremo recuerda que *"en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2019, declaramos :*

"[...] 1/ Anulada jurisdiccionalmente una resolución sancionadora únicamente en lo que se refiere a la cuantía de la multa, la nueva resolución administrativa que recalcula el importe de la multa de acuerdo con los criterios fijados en la propia sentencia es un acto de ejecución que debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos para la ejecución de sentencias (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenido-Administrativa), sin que resulten de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador.

2/ El cumplimiento de la sentencia que anula la resolución sancionadora únicamente en lo relativo a la cuantía de la multa no exige que se inicie y tramite un nuevo procedimiento administrativo cuando la propia sentencia deja señalados, de acuerdo con lo debatido el proceso, los criterios y pautas para la cuantificación de la multa.



El trámite de audiencia previo al dictado de este acto de ejecución únicamente será necesario en caso de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia requiriese abordar cuestiones no debatidas en el proceso o la realización de operaciones en las que hubiese algún margen de apreciación, no delimitado en la sentencia pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada." Criterio reiterado en la de 5 de marzo de 2020 , rec. 1957/2019.

En el presente caso, en la sentencia de 29 de noviembre de 2016, rec.31/2013 estimamos parcialmente el recurso 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 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.

Quiere ello decir, que la ejecución de la sentencia requería únicamente que la CNMC cuantificara el importe de la sanción en los términos indicados. No se trata de un nuevo ejercicio de la potestad sancionadora que necesitara la incoación de un nuevo procedimiento y la sentencia no plantea ninguna cuestión que requiriera dar trámite de audiencia a la ahora recurrente.

La resolución recurrida se ajusta a ese criterio jurisprudencial por lo que debemos rechazar el motivo expuesto que denuncia la ausencia de procedimiento y la omisión de trámite de audiencia.

QUINTO.- La resolución recurrida explica los criterios seguidos para fijar la sanción impuesta.

Para ello, parte de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la resolución de 21 de noviembre de 2012 que han sido corroborados por los tribunales y que determinan la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 TFUE consistente en fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.

GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. es declarada responsable de dicha infracción por el período comprendido desde mayo de 2005 hasta 2010.

Se trata de una infracción muy grave (art. 62.4.a) que puede ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas " *que en 2011 ascendió a 15.484.726,44 € para GRAFOPLAS (folio 570 y ss.)*", que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad.

La resolución sancionadora analiza la concurrencia de cada uno de los criterios del art. 64 en relación a la conducta de GRAFOPLAS:

a. Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): " *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.*"

b. Cuota de mercado de las empresas responsables (art. 64.1 b): " *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%.*" La de Grafoplas está entre el 10 y el 20%.

c. El alcance de la infracción (art.64.1.c): " *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.*"

d. La duración de la conducta (art. 64.1.d): " *... entre mayo 2005 y febrero 2010.*"



Ese conjunto de factores -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, etc.- es el que 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.

A continuación, la resolución realiza una valoración individual de la conducta considerando en primer lugar la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d). El tipo sancionador total aplicado a GRAFOPLAS fue de 5,8%.

Finalmente, no apreció la concurrencia de atenuantes ni agravantes.

A juicio de la Sala, la resolución sancionadora se ajusta a la metodología resultante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los criterios contemplados en el art. 64 de la Ley.

SEXTO.- A partir de aquí, expone la recurrente que si la cuota de mercado de GRAFOPLAS en el mercado de productos de archivo es inferior al 20%, como afirma la propia resolución, no tiene sentido que se diga a continuación en la misma resolución que su cuota de participación en la infracción sea del 20,3%, es decir, superior a su propia cuota de mercado.

En realidad, no hay tal contradicción porque la resolución recurrida distingue la cuota de mercado de los fabricantes de archivadores de palanca, indicadores/separadores y carpetas de anillas en el mercado español de productos de material de archivo, atribuyendo a GRAFOPLAS una cuota entre el 10 y el 20%, criterio éste que fue tomado en cuenta en la resolución inicial de 2012 y, de otro lado, el volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por duración que es el criterio que sigue la resolución impugnada conforme al art. 64 LDC, que es el 20,3%.

En segundo lugar, que la resolución no determina el beneficio ilícito supuestamente obtenido por GRAFOPLAS ni tampoco aparece ningún dato en el expediente, a pesar de que la CNC podría haberlo calculado simplemente con requerir a la actora los datos económicos necesarios para ello.

Sin embargo, critica que la resolución afirme que puede considerarse la existencia de un beneficio ilícito potencial, que tampoco calcula y del que dice se basa en diversos parámetros económicos, entre los que figura la subida de precios derivada de la infracción. Afirma por ello que a resolución incurre en arbitrariedad y falta de motivación ya que no existen en la misma ni en el expediente administrativo ninguno de esos parámetros y ni siquiera se contienen cifras de subidas de precios derivadas por la infracción.

Conviene precisar que la consideración del beneficio ilícito potencial responde a la necesidad de hacer un ajuste de proporcionalidad en el caso de las empresas multiproducto como es el caso de la actora porque puede suceder que la aplicación del tipo sancionador total asignado a la recurrente, en este caso, el 5,8% sobre el volumen de negocios total de la empresa puede dar lugar a una sanción desproporcionada y por esa razón es preciso establecer un valor de referencia con el que comparar la multa que resultaría del tipo sancionador total que correspondería imponer a la actora.

Ese valor de referencia se obtiene primero a partir de una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos prudentes (lo que puede denominarse como beneficio ilícito potencial), y teniendo luego en cuenta un factor incremental para asegurar que la sanción es efectivamente disuasoria para las empresas infractoras.

La resolución recurrida explica que 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. Cuando es posible, se parte de datos de las propias empresas infractoras o de bases de datos públicas referidas al mercado relevante. Los supuestos sobre estos parámetros son prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

Por lo tanto, pese a lo que afirma la actora, se ha tenido en cuenta la condición de empresa multiproducto de GRAFOPLAS, verificando que la sanción que resultaría de la aplicación del tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa no vulnera el principio de proporcionalidad y esa verificación se hace sobre una estimación del beneficio ilícito que podría haber obtenido a partir de unos parámetros que la entidad recurrente no ha cuestionado. Por no tratarse de un cálculo concreto sino de una estimación no puede analizarse el apreciado por el informe pericial que se aporta por la actora pues no se trata de fijar una cuantía determinada



en concepto de beneficio ilícito y ello con independencia de que ese beneficio se obtuvo pues se declara como hecho probado que las empresas sancionadas coordinaron sus estrategias para armonizar los incrementos de precios pactados y que acordaron precios mínimos para determinados productos donde la presión de los clientes podía ser mayor, ya fueran de marca o de distribuidor o acordaron no realizar promociones.

Sostiene GRAFOPLAS que la resolución recurrida no distingue el alcance de la infracción de los efectos que produce. Dice que el alcance de la infracción (64.1.c) hace referencia a las características del acuerdo y a sus efectos potenciales, mientras que los efectos de la infracción (64.1.e) se refieren a los efectos concretos que la misma haya producido sobre los competidores y los consumidores (cuantía de los incrementos de precio, si es que éstos se hubieran producido, perjuicios reales a los competidores, etc), todo lo cual no se encuentra determinado en la resolución impugnada ni en todo el expediente, a pesar de que la CNMC podría haberlo investigado fácilmente durante la instrucción del expediente.

A juicio de la Sala, la resolución recurrida tras describir las características de la conducta en relación con el mercado afectado explica que aquella disminuyó 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 y que establecieron un sistema de control para verificar la evolución de los niveles de facturación en los productos con acuerdos de precios mínimos.

Por lo demás, el hecho de que GRAFOPLAS pese a la sanción no haya perdido clientes e incluso que posibles perjudicados por la infracción, se mantengan como clientes e incluso hayan incrementado su volumen de compras no tiene nada que ver con la existencia de efectos de la conducta infractora. Tampoco es determinante que ninguno de los clientes de GRAFOPLAS haya presentado demandas de reclamación de daños y perjuicios por su participación en el acuerdo anticompetitivo. La sanción solo persigue un efecto disuasorio de realización futura de conductas colusorias y no pretende interferir en la actividad comercial de la empresa ni en la relación con sus clientes. La reacción posterior de estos no puede servir para determinar los efectos de la conducta infractora.

Entiende la Sala que dada las características de la conducta antes descrita no ofrece duda que produjo efectos negativos en el mercado.

Finalmente, como la propia parte recurrente admite, debemos atenernos a los hechos probados, y por tanto, considerar que la cuota de mercado de GRAFOPLAS fue del 10-20%, entendiéndose la actora que en ese caso, el porcentaje debería ser considerado en su límite inferior, es decir, atribuir a GRAFOPLAS un grado de responsabilidad correspondiente al 10% de su participación en el mercado, que es lo único realmente probado, y no en el 20%, como efectivamente realiza al explicar que la gravedad de la sanción se refiere, entre otras circunstancias, a la elevada cuota de mercado.

Lo cierto es que es a cuota del 10% que pretende se tenga en cuenta la actora no se corresponde con su volumen de negocios en el mercado afectado y esa es la razón por la que la resolución recurrida tiene en cuenta que las empresas infractoras presentaban conjuntamente una elevada cuota del mercado relevante, por lo que no cabe atribuir a GRAFOPLAS un grado de responsabilidad correspondiente al 10% de su participación en el mercado, como se pretende.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, en nombre y representación de **GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.**, contra la resolución de 24 de enero de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se ejecuta la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016, el 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), resolución que declaramos conforme a derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ