



Roj: **SAN 712/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:712**

Id Cendoj: **28079230062015100074**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/03/2015**

Nº de Recurso: **129/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 712/2015,**  
**STS 1171/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000129 / 2013

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01422/2013

**Demandante:** ENRI 2000 S.L.U Y HOLDHAM S.A.

**Procurador:** Dº JOSÉ RAMÓN PÉREZ GARCÍA,

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** PAPELERA DEL CARRION PACSA, S.L Y ADVEO GROUP INTERNATIONAL

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a seis de marzo de dos mil quince.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Enri 2000 S.L.U y Holdham S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de febrero de 2013**, relativa a sanción, siendo **Codemandadas** PAPELERA DEL CARRION PACSA, S.L, ADVEO GROUP INTERNATIONAL, y en su nombre y representación los Procuradores D. Eulogio Paniagua García y Dª Ana María Llorens Pardo y la cuantía del presente recurso es de 4.207.881 euros.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Enri 2000 S.L. y Holdham S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de febrero de 2013, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

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

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

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticuatro de febrero de dos mil quince.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de febrero de 2013, relativa a prácticas abusivas.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

*"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 responsables ENRI 2000, S.L., y solidariamente su matriz HOLDHAM, S.A.; PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN, S.L., y solidariamente su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A.; y UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y solidariamente 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 cártel de empresas.*

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

*- A UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y solidariamente a su matriz UNIPAPEL, S.A., (Actualmente ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A.) 3.539.625€ (Tres millones quinientos treinta y nueve mil seiscientos veinticinco Euros).*

*- A PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN, S.L., y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A., 1.324.440€ (Un millón trescientos veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta Euros)*

*- A ENRI 2000, S.L., y solidariamente a su matriz HOLDHAM, S.A. 4.207.881€ (Cuatro millones doscientos siete mil ochocientos ochenta y un Euros).*

*TERCERO. Declarar que el grupo de UNIPAPEL, S.A. (Actualmente ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A.) y UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, 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 el grupo de PACSA, PAPELERA DEL CARRIÓN, S.L. y MANUFACTURAS TOMPLA, S.A., reúne los requisitos del artículo 66 LDC y, en consecuencia, aplicarle una reducción del 35% del importe de la multa, por lo que la multa que le corresponde es de 860.886 €. (Ochocientos sesenta mil ochocientos ochenta y seis Euros).*

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

**SEGUNDO** : La descripción de la recurrente contenida en Resolución de la CNC que hoy examinamos, es la siguiente:

*"3.3. EMPRESAS DEL GRUPO HAMELIN: ENRI 2000, S.L. (ENRI) y HOLDHAM, S.A. (HOLDHAM)*

*(109) ENRI se constituyó el 3 de diciembre de 1990 con un objeto social que comprende la producción y comercialización de objetos de escritorio, de oficina, manipulado escolar, libros, productos de papel, cartón,*



cartulina, plástico y marroquinería, maquinaria de oficina y productos relacionados con la informática y con domicilio social en el km 22,8 de la Carretera C-66 en el término municipal de Flaça (Gerona).

(110) Desde 1995 hasta mayo de 2010, ENRI 2000, S.A. estuvo íntegramente controlada por EUROHOLDHAM. En mayo de 2010 EUROHOLDHAM fue absorbida por HOLDHAM, S.A. como consecuencia de una fusión societaria, pasando esta última a poseer el 100% del capital social de ENRI. HOLDHAM, S.A. es la matriz del Grupo HAMELIN.

(111) El 1 de enero de 2011 ENRI 2000, S.A. fue objeto de una fusión por absorción por parte de la sociedad ELBA SISTEMAS IBÉRICA, S.L., sociedad que a partir de 1 enero de 2011 cambió su denominación social a HAMELIN BRANDS, S.L. En la misma fecha se produjo una segregación simultánea de rama de actividad por parte de HAMELIN BRANDS, S.L. a favor de una nueva sociedad que se denominó ENRI 2000, S.L.

(112) ENRI 2000, S.L. fue constituida el 01 de enero de 2011, teniendo como objeto social la fabricación, venta y distribución de todo tipo de artículos de oficina. Dicha sociedad tiene el mismo Administrador Único que la antigua ENRI 2000, S.A., su mismo domicilio social, contando como socio único, a la sociedad HAMELIN BRANDS, S.L.4 cuya matriz es la sociedad francesa HOLDHAM, S.A., empresa matriz del Grupo HAMELIN5."

La descripción técnica del mercado se recoge en la Resolución en los siguientes términos:

#### "4.2.1. Mercado de producto

(117) El mercado analizado es el correspondiente a la fabricación, comercialización y distribución de manipulado de papel en el mercado español, incluyendo cuadernos de papel con diversas cubiertas y tamaños, así como recambios, resmillería y blocs de notas.

(118) Por lo que respecta a los cuadernos, éstos se comercializan con distintos tipos de cubiertas (blanda, dura, extradura, de polipropileno y cubierta azul, principalmente), así como en distintos tamaños (folio, A3, A4, etc.), número de hojas y gramaje/m2.

(119) Igualmente existen distintos formatos para la comercialización tanto de los recambios, como de la resmillería y de los blocs con y sin tapa en función del tamaño, número de hojas y gramaje/m2.

#### 4.2.2. Mercado geográfico

(120) En cuanto al mercado geográfico, reiterada jurisprudencia del TJUE ha definido el mismo como "la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa".

(121) De acuerdo con la anterior definición y teniendo en cuenta las entidades relacionadas en el apartado 3 de este PCH, las conductas colusorias descritas se circunscriben a los productos comercializados en el mercado español de manipulado de papel. Por tanto, las conductas investigadas por esta DI se circunscriben al mercado español y es éste el mercado geográfico de referencia en este expediente sancionador.

(122) A la hora de delimitar el mercado geográfico afectado por los hechos objeto de investigación en este expediente sancionador hay que tener en cuenta la relación entre afectación al comercio intracomunitario y mercado geográfico, ya que los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros se perfila como requisito de aplicación del derecho comunitario de la competencia, entendiéndose incluidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario de la competencia todos aquellos acuerdos y/o prácticas que puedan afectar a la libertad de comercio entre los Estados miembros y malogr los objetivos del mercado único.

(123) Al margen de lo dispuesto en las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE ) de la Comisión Europea, en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, se indica que el mercado geográfico de referencia "comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas".

(124) Por consiguiente, habrá que proceder en cada caso a definir el mercado geográfico, pudiendo éste abarcar un área extensa o reducida y en este último caso también puede ser considerado como una parte sustancial del mercado interior, pudiendo verse afectado el comercio intracomunitario en caso de que el mercado geográfico sea estatal o incluso infraestatal. Así, en el asunto Suiker Unie (1975), el Tribunal de Justicia señaló que "(...) para saber si un determinado territorio reviste la importancia necesaria para poder ser considerado una parte sustancial del Mercado Común (...) es necesario tener en cuenta, la estructura y el volumen de la producción y

del consumo del producto relevante, así como los hábitos y la posibilidades económicas de los compradores y los vendedores".

(125) El manipulado obtenido del manipulado de papel se fabrica normalmente en el país que se va a comercializar, dado que además de ser un producto con un precio y un margen muy bajo, es un producto que no soporta bien la repercusión del coste del transporte de larga distancia debido a su bajo precio y al elevado coste del transporte. Por tanto, teniendo en cuenta que el mercado afectado por el cártel de manipulado de papel es de ámbito nacional, por afectar a la totalidad del territorio nacional, va a ser susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que va a compartimentar el mercado nacional, creando potenciales desventajas competitivas para los posibles entrantes en el mercado español de manipulado de papel."

En cuanto a la oferta:

"(126) En cuanto al volumen y composición de la oferta de este producto a nivel nacional estaríamos ante un mercado maduro en torno a los 50-60 millones de euros.

(127) Los principales operadores presentes en el mercado de manipulado de papel en el año 2007 y sus cuotas de mercado en horquillas de 10% y de acuerdo con el estudio realizado por la consultora MPA INTERNACIONAL serían las siguientes:

ENRI [20-30]%, UNIPAPEL [20-30]%, PACSA [10-20]%, LIDERPAPEL [10-20]%, ZORRILLA [5-15]%, OTROS [5-15]%...

(132) Por lo tanto teniendo en cuenta los volúmenes y cuotas de mercado de las empresas presentes en este mercado, se trata de un mercado maduro relativamente transparente, concentrado, sencillo y estable con una amplia cobertura del mismo por parte de las empresas participantes en los acuerdos analizados en el expediente, en unas horquillas entre el 60 y el 80 % del mercado y por tanto con un elevado poder de mercado."

Respecto a la demanda:

"(133) La demanda de los productos de manipulado de papel proviene de los distintos canales de distribución a los que se suministra el producto. Por un lado el canal mayorista formado por grandes empresas mayoristas de distribución de artículos de oficina e importantes grupos de compra con elevado poder negociador en base a los grandes volúmenes de compras realizados o su agrupación en centrales de compra. El poder de negociación de los mayoristas es importante, además por tratarse de unos productos homogéneos con proveedores alternativos en el mercado y con un reducido coste de sustitución por parte de las empresas compradoras de los productos de manipulado.

(134) Por otro lado el canal minorista estaría formado por todas aquellas empresas que venden el producto directamente al consumidor final, principalmente compuesto por papelerías y establecimientos de venta al por menor de artículos de oficina. Este canal minorista cuenta con menor poder negociador debido a sus menores volúmenes de compra realizados, su atomización y su mayor coste de sustitución al tratarse de pequeñas y medianas empresas..."

A continuación se describen los hechos probados:

"3. La existencia de un cártel en el mercado del denominado manipulado de papel, que comprende cuadernos, block, folios, recambios y productos relacionados, se conoce en primer lugar a través de las declaraciones del solicitante de exención de sanción presentada el 14 de septiembre de 2010 ante la CNC, y en segundo lugar, por las declaraciones del solicitante de reducción de sanción tal y como se contiene en el PCH:

(174) "Los primeros signos de posibles acuerdos en el mercado de manipulado datan del mediados de los años noventa, tal como manifestó UNIPAPEL en su solicitud de exención del pago de la multa. Esta información ha sido corroborada por TOMPLA en su solicitud de reducción del importe de la multa junto a la cual aportaba un resumen de la reunión que mantuvieron en la sede de UNIPAPEL representantes de TOMPLA, UNIPAPEL y HAMELIN (matriz de la empresa ENRI) relacionada con el posible acercamiento entre las citadas empresas en el sector del manipulado, entre otros.

(175) Las reuniones se mantuvieron a lo largo de los años 90 y la década de los 2000, continuando los acuerdos hasta el año 2010".

4. Sobre el número, asistentes y contenido de las reuniones en 1995 el solicitante de exención de sanción, TOMPLA, ha presentado diversas minutas junto a su declaración de autoinculpación, en las que los asistentes fueron el Presidente del Grupo HAMELIN en representación de ENRI y en ocasiones también el Director General de ENRI, altos directivos de TOMPLA y PACSA y altos directivos de UNIPAPEL. Estas reuniones se celebraron (i) el 20 de junio de 1995 (f 1851 y ss), con la asistencia de TOMPLA (Presidente del Grupo TOMPLA, Consejero Delegado e interprete), HAMELIN (Presidente del Grupo HAMELIN propietario de ENRI), y UNIPAPEL (Presidente del Grupo UNIPAPEL, Consejero Delegado y Director General) en sede de UNIPAPEL; (ii) el 2 de agosto, de 1995, (f 2096 y

ss.), con la asistencia de TOMPLA (Presidente del Grupo TOMPLA, Consejero Delegado e interprete), HAMELIN (Presidente del Grupo HAMELIN y Director General de ENRI), y UNIPAPEL (Presidente del Grupo UNIPAPEL y Director General) en sede de C.I.L.; (iii) el 28 de agosto de 1995, por referencias en otros documentos; y (iv) el 27 de septiembre de 1995, (figura también en la agenda del DG de ENRI, recabada en la inspección, con asistencia de TOMPLA (Presidente del Grupo TOMPLA, Consejero Delegado y Director Comercial con interprete), HAMELIN (Presidente del Grupo HAMELIN y Director General de ENRI), y UNIPAPEL (Presidente del Grupo UNIPAPEL y Director General) en sede de TOMPLA. En el PCH se contiene la descripción siguiente de estas reuniones:...

(180) La base sobre la que se fijaría el contenido de los acuerdos sería la manifestada por un directivo de UNIPAPEL, S.A. en la citada reunión (folio 1957):

"- Hay dos escenarios:

1º.- A: Respetar el statu-quo en el cuaderno con precios razonables.

B: Nosotros no tocaríamos el mercado francés de sobre (aclaramos que esto implica mantener el statu-quo de sobres en Francia).

2º.- No llegar a un acuerdo en España cada uno a su aire y llegar a acuerdos con firmas francesas, muy implantadas en Francia para comercializar cuadernos en ese país."

(181) Al finalizar la reunión y según el resumen de la misma realizado por los directivos de MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. el acuerdo no quedó cerrado entre los asistentes por diferencias en lo que respecta al mantenimiento del statu quo y, en concreto en cuanto a cuáles debían ser las cuotas de mercado de partida de las empresas para el reparto de mercado. No obstante los participantes en el acuerdo acercaron posturas y aceptaron la propuesta de no competir en precios en el mercado de manipulado, como se indica en las anotaciones de la reunión (folio 1959):

"Mientras se llegue a este acuerdo, habría una tregua de precios en el mercado del manipulado (cuadernos) en España."...

(185) Según la información aportada por TOMPLA, partiendo de lo tratado en la reunión de 2 de agosto y concretado en otra reunión celebrada posteriormente con fecha 28 de agosto, el acuerdo del sector del manipulado de papel entre los tres grupos de empresas se refrendó durante la reunión de fecha 27 de septiembre de 1995, a la que asistieron el presidente del grupo HAMELIN, el director general de ENRI y directivos del grupo UNIPAPEL y del grupo TOMPLA con el mayor poder de decisión en las mismas, de manera que finalmente las cuotas tomadas como base para años posteriores fueron las del año 1995, aunque con algunas correcciones....

(186) Si bien no existen actas ni resúmenes de la mencionada reunión celebrada el 28 de agosto de 1995, en el resumen de la reunión de 27 de septiembre de 1995 aportado por TOMPLA, existen numerosas referencias a lo tratado durante la misma en la que se llegó a acuerdos concretos sobre precios a ofertar a los clientes. Así un directivo de ENRI afirmaba lo siguiente (folio 2621):

"Lo acordado el 28/8 es dar el precio de 108 pesetas en los clientes habituales y un precio bastante más alto en los clientes de otros fabricantes"..."

En cuanto a la operativa del cártel, se afirma:

"(166) "Las empresas citadas mantuvieron contactos entre ellas a lo largo de los años en que se mantuvo el cártel iniciándose los mismos en el año 1995 y finalizando en septiembre de 2010. Los contactos entre las empresas participantes en los acuerdos se realizaban fundamentalmente por vía telefónica, aunque en ocasiones lo realizaron vía correo electrónico.

(167) Según ha indicado el solicitante de exención del pago de la multa las reuniones se realizaban con una periodicidad irregular, pudiendo pasar incluso un año entre una reunión y la siguiente. En general las partes se reunían en el primer trimestre y último del año o cuando inesperadamente se producían aumentos en el precio del papel.

(168) Los representantes de las empresas del cártel que asistían a dichas reuniones eran altos directivos de las mismas (Directores Generales o Directores Comerciales) con los conocimientos de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas, así como con poderes suficientes para representar y vincular a sus respectivas empresas. Durante los primeros años de existencia del cártel los asistentes a las reuniones eran personas de alto nivel en las empresas matrices del grupo, los Directores generales de MANIPULADOS TOMPLA, S.A. y UNIPAPEL S.A., así como el presidente del grupo HAMELIN. No obstante con el tiempo el día a día del cártel quedó en manos de directivos de las empresas filiales directamente implicadas en el mismo, tales como el Director Comercial de PACSA (posteriormente Director General), Director

Comercial (posteriormente director General) de UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN y el Director General de ENRI..."

En relación al reparto de clientes:

*"En las declaraciones se ha descrito que el acuerdo se basaba en el respeto a los grandes clientes que cada empresa tenía en 1995, cuando se fijan las cuotas de mercado que mantendría cada una. El acuerdo incluía tanto la fabricación y venta de productos con marca de distribuidor, como la de marcas de fabricantes. En cuanto a la fabricación de marca de distribuidor lo habitual es que el distribuir contratase la fabricación de los productos con su marca a una sola de las empresas del cártel, mientras que por lo que respecta a la marca de fabricante, los distribuidores, con frecuencia adquirirían productos a un segundo fabricante de los incluidos en el cártel. Las declaraciones de los dos solicitantes de la aplicación del programa de clemencia son corroboradas por las respuestas dadas por los propios clientes, (principales cadenas de distribución, centrales de compra, etc.), al requerimiento de información, cuyo resumen se muestra en el cuadro siguiente:..."*

**TERCERO** : La subsunción se realiza respecto al artículo 1 de la Ley 16/1989 y Ley 15/2007, cuya regulación es sustancialmente idéntica por lo que no se plantean problemas de aplicación de norma más favorable. Tales preceptos dispones:

Artículo 1 de la Ley 16/1989

*"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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

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

Artículo 1 de la Ley 15/2007

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

*a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

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

Debemos recordar la doctrina del TJ respecto a las infracciones únicas y continuadas contenida en la sentencia de 6 de diciembre de 2012, c-441/11 :

*"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, 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 Partecipazioni, 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).*

*42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).*



43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad...."

Analizados los aspectos generales del presente recurso examinaremos ahora las alegaciones del recurrente.

**CUARTO** : Se articula la demanda sobre los siguientes aspectos: a) quiebra del principio de personalidad de las sanciones, b) caducidad del procedimiento sancionador, c) incorrecta inclusión de los productos Oxford y de Fantasía en el acuerdo ilícito, d) incorrecta calificación de la infracción cómo única y continuada, e) ausencia de responsabilidad de Holdham, y f) desproporción de la sanción.

Respecto al principio de personalidad de las sanciones, hemos de recordar lo declarado en la Sentencia del TJ de 16 de noviembre de 2000 , c-279-98:

"78 En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona.

79 En el caso de autos, de la sentencia recurrida resulta que Djupafors y Duffel participaron de manera independiente en la infracción desde mediados de 1986 hasta que fueron adquiridas por la recurrente en marzo de 1989 (véase el apartado 18 de la sentencia recurrida). Además, estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta.

80 En consecuencia, procede constatar que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar a la recurrente responsable de las infracciones cometidas por Duffel y Djupafors con anterioridad a su adquisición y anular, por esta razón, la sentencia recurrida."

En la misma línea la Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2007 , c-280-06:

"40 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo...

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83 , Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43 Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido...

46 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si un caso como el de los procedimientos principales responde a las circunstancias en las que una entidad económica puede ser sancionada por la infracción cometida por otra entidad, procede señalar, en primer lugar, que el hecho de que la AAMS carezca de personalidad jurídica (véase el apartado 6 de la presente sentencia) no constituye un elemento que permita justificar la imposición a su sucesora de la sanción por la infracción cometida por aquélla....



48 A este respecto, procede recordar que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 355 a 358).

49 En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales.

50 En los procedimientos principales, ha quedado acreditado que, cuando llevaron a cabo sus comportamientos infractores, tanto la AAMS como el ETI pertenecían a la misma entidad pública, es decir, el Ministerio italiano de Economía y Hacienda.

51 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, cuando participaron en la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, la AAMS y el ETI se encontraban bajo la tutela de esta entidad pública. Si así fuera, procedería declarar que el principio de la responsabilidad personal no se opone a que la sanción por la infracción iniciada por el AAMS y continuada por el ETI se imponga globalmente a este último."

La Sentencia TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C 97/08 , añade:

"55 El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas ( sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05 , Rec. p. I 11987, apartado 40).

56 Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999 , Comisión/Anic Participazioni, C 49/92 P, Rec. p. I 4125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000 , Cascades/Comisión, C 279/98 P, Rec. p. I 9693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C 280/06, Rec. p. I 10893, apartado 39).

57 La infracción del Derecho comunitario de la competencia debe imputarse sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas y el pliego de cargos debe dirigirse a esta última (véase, en este sentido, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 60, y de 3 septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, C 322/07 P , C 327/07 P y C 338/07 P, apartado 38). Asimismo, es necesario que el pliego de cargos indique en qué condición se recriminan a una persona jurídica los hechos alegados.

58 Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72 , Rec. p. 215, apartado 15, así como Stora, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 117, así como ETI y otros, apartado 49)."

Pues bien, es cierto que las empresas del grupo se vieron sometidas a distintos cambios estructurales, como se afirma en la demanda y se recoge en la Resolución impugnada; pero debemos recordar la descripción de estas operaciones estructurales contenidas en la Resolución y aceptadas en la demanda:

" (111) El 1 de enero de 2011 ENRI 2000, S.A. fue objeto de una fusión por absorción por parte de la sociedad ELBA SISTEMAS IBÉRICA, S.L., sociedad que a partir de 1 enero de 2011 cambió su denominación social a HAMELIN BRANDS, S.L. En la misma fecha se produjo una segregación simultánea de rama de actividad por parte de HAMELIN BRANDS, S.L. a favor de una nueva sociedad que se denominó ENRI 2000,S.L.

(112) ENRI 2000, S.L. fue constituida el 01 de enero de 2011, teniendo como objeto social la fabricación, venta y distribución de todo tipo de artículos de oficina. Dicha sociedad tiene el mismo Administrador Único que la antigua ENRI 2000, S.A., su mismo domicilio social, contando como socio único, a la sociedad HAMELIN BRANDS, S.L.4 cuya matriz es la sociedad francesa HOLDHAM, S.A., empresa matriz del Grupo HAMELIN5."

Enri 2000 SL, tiene el mismo administrador y mismo domicilio social que Enri S.A y es su socio único Hamelin Brands, por lo que, Enri 2000 SL es sucesora de Enri S:A, y, además, en el concepto del TJ constituye una sola empresa, aún con distinta personalidad jurídica, con Hamelin Brands que es su socio único. Por ello, no es relevante a efectos de responsabilidad sancionadora ni de la determinación de la entidad con quien haya de entenderse la tramitación del expediente, que, según afirma el recurrente, las labores de comercialización las realizara Hamelin Brands, de una parte, porque según criterios objetivos, como se ha dicho, la sucesora de Enri



2000 SA es Enri 2000 SL, y, de otra parte, porque Enri 2000 SL y Hamelin Brands forman una misma empresa por tratarse de una unidad económica.

Trataremos ahora la cuestión de caducidad del expediente.

Existen tres suspensiones en el expediente sancionador que la propia recurrente refleja en la demanda.

La primera desde el 14 de septiembre de 2011 al 30 de noviembre del 2011, que determinó la fecha final del expediente el 11 de enero de 2013. No se discute esta suspensión.

La segunda, acordada el 13 de diciembre de 2012, desde el 14 de diciembre de 2013, con efectos hasta el 14 de enero de 2013, levantándose la suspensión el 15 de enero de 2013. Es en esta suspensión en la que se plantea la controversia. Es cierto que existe un error de redacción y comprensión de esta suspensión. No se trata de que la suspensión acordada el 13 de diciembre de 2012 se alzase el 14 del mismo mes y año, sino de que la suspensión comienza el 14 de diciembre de 2013. Y ello resulta claro si consideramos que esta suspensión se acordó por aplicación del artículo 11.3 del Reglamento CE 1/2003, que dispone:

*"3. Cuando las autoridades de la competencia de los Estados miembros actúen en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, informarán por escrito de ello a la Comisión antes de proceder a realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciadas dichas diligencias. Esta información podrá hacerse llegar también a las autoridades de competencia de los demás Estados miembros."*

Y el número 4:

*"4. A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión..."*

Por ello, son 30 días de suspensión del plazo para resolver. Así las cosas, el plazo máximo para notificar la Resolución sancionadora es, ahora, el 11 de febrero de 2013.

La tercera suspensión se produce desde el 31 de enero de 2013 hasta el 7 de febrero de 2013, y no se discute. Por lo que el plazo para notificar la Resolución concluía el 18 de febrero de 2013, fecha en la que, efectivamente, se notificó a la recurrente. El expediente no se encuentra caducado respecto de la recurrente.

En relación a la inclusión de productos Oxford y de Fantasía en el cártel, se niega en la demanda esta circunstancia. En el documento 1 unido a la demanda, se analiza este aspecto en la sección 3ª.

Se niega en este informe la afirmación de la CNC en orden a que, dado que los productos Oxford y Fantasía sirven a la misma finalidad que los productos estándar y marca blanca, una subida de precios de estos determinará otra subida de aquellos. Pues bien, en tal estudio se ponen de manifiesto las diferencias entre unos productos y otros, lo cual no ha sido negado por la CNC, pero observando los cuadros de evolución de precios aportados en el propio estudio, se advierte que si bien los productos Oxford ofrecen precios superiores a los productos estándar y marca blanca, también se aprecia, que el comportamiento de los precios de unos y otros es paralelo al menos en determinados periodos de tiempo y, fundamentalmente en relación a los productos estándar. En cualquier caso, y, al margen del comportamiento de los precios, lo cierto que tanto los productos Oxford como los de Fantasía se vieron afectados por la desaparición de la incertidumbre en relación a los precios como consecuencia de la existencia del cártel, lo que, en si mismo, implica un comportamiento anticompetitivo. Es claro que las empresas del cártel conocían por los representantes de Enri el comportamiento de los precios de los productos Oxford, como resulta de la nota de Unipapel relativa a una subida de precios de tales productos para el año 2009, al que la propia actora se refiere en su demanda.

Se sostiene por la actora que la CNC no ha dado una explicación fundada sobre el aspecto de sustituibilidad de los productos, salvo que se distribuyen por los mismos canales y sirven a la misma finalidad. Cierto que en el estudio antes citado, presentado como doc. 1 unido a la demanda, se describen a) los canales de distribución y se analizan los porcentajes, pero de ello resulta, que aún en diversos porcentajes, los canales de distribución de los distintos productos son coincidentes, b) la penetración de los productos respecto de clientes, se analiza en el documento, y se concluye que en la práctica ha existido muy escasa transferencia en la demanda de los clientes, pero, lo que resulta obvio, es que potencialmente tales clientes pueden alterar su demanda entre unos productos y otros, pues se ofertan en los mismos canales de distribución, y, como señala la CNC, sirven a la misma finalidad, y c) la especialización que se pone de manifiesto en el estudio, no reviste la intensidad suficiente como entender que no existe sustituibilidad en los productos.

El concepto de sustituibilidad viene referido a la posibilidad real para el cliente de adquirir un producto en lugar del otro, con independencia de cual sea la decisión final del cliente.



Idénticas reflexiones hemos realizar respecto de la sustituibilidad de la oferta, pues la posibilidad de sustitución es real, como se razona por la CNC, con independencia de que no se produzca, entre otros factores, por la fortaleza de la marca Oxford, como se afirma en la demanda.

Respecto a la valoración de la prueba, la sentencia del TJ de 10 de julio de 2014, c-295/12 , declara:

*"54 Así, el Tribunal de Justicia ha tenido ya ocasión de subrayar que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar, en particular, la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (sentencias Comisión/Tetra Laval, EU:C:2005:87, apartado 39; Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 54, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 59).*

*55 Por otra parte, la falta de control de oficio de la decisión controvertida en su conjunto no viola el principio de tutela judicial efectiva. Para que se respete este principio no es indispensable que el Tribunal General, que está ciertamente obligado a dar respuesta a los motivos invocados y a ejercer un control tanto de hecho como de Derecho, esté obligado a proceder de oficio a una nueva instrucción completa del expediente (sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 66, y Kone y otros/Comisión, C-510/11 P, EU:C:2013:696, apartado 32).*

*56 Así, el juez de la Unión debe ejercer el control de legalidad basándose en las pruebas aportadas por el demandante en apoyo de los motivos invocados, sin que pueda basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión a la hora de valorar dichas pruebas para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 62, y Schindler Holding y otros/Comisión, EU:C:2013:522, apartado 37).*

*57 En vista de estas características, el control de legalidad contemplado en el artículo 263 TFUE cumple los requisitos del principio de tutela judicial efectiva que figura en el artículo 6 del CEDH , apartado 1, con el que se corresponde, en Derecho de la Unión, el artículo 47 de la Carta (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 67; Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 56, y Schindler Holding y otros/Comisión, EU:C:2013:522, apartado 38)."*

Debemos concluir que las apreciaciones de la CNC en los aspectos señalados, no han sido desvirtuadas por la recurrente, que si bien aporta elementos probatorios que describen determinados hechos, ellos no desvirtúan las conclusiones a las que ha llegado la CNC.

Consideraremos las reflexiones que sobre infracción única y continuada y cártel se contienen en la reciente jurisprudencia del TJ.

Sobre la infracción continuada la sentencia de 6 de diciembre de 2012, c-441/11 :

*"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, 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 Partecipazioni, 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).*

*42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).*



43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad."

La recurrente participó en todas las reuniones desarrolladas en el seno del cártel, tenía conocimiento de las mismas y facilitó la información que le correspondía, por tanto es correcta la imputación que se le realiza, como autora de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC tanto en la redacción de la Ley 16/1989 y Ley 15/2007.

El comportamiento declarado probado, pone de manifiesto un plan conjunto tendente a reducir la competencia en el mercado afectado. Que no exista constancia de reuniones desde 1995 a 2002, no implica que la reunión de 1995, con independencia de que no se llegara a acuerdos, no iniciara un comportamiento unitario en desarrollo de un plan conjunto para la restricción de la libre competencia. Las reuniones probadas posteriormente, responden a los mismos parámetros que la de 1995.

Ya hemos señalado en anteriores ocasiones que un cártel consiste en un acuerdo informal entre empresas del mismo sector, que tienen por finalidad reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Implica un control sobre la producción y la distribución de bienes y servicios, de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas crean una estructura de mercado monopolística o cuasi monopolística, para obtener un poder sobre el mercado y los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Este es, en esencia, el concepto que recoge la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007 :

"2. 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."

De los hechos recogidos en la Resolución resulta, sin dudas, la existencia de un acuerdo sobre datos relativos a precios, intercambio de información sobre volumen de ventas y reparto del mercado.

**QUINTO** : Entraremos ahora en el análisis de los aspectos relativos a la responsabilidad, en sus dos vertientes, responsabilidad de Holdham y proporcionalidad de la sanción.

Respecto de la responsabilidad solidaria y la cuantía exigible a la matriz, la doctrina declarada por el TJ en su sentencia de 19 de julio de 2012 , C-628/10 P y C- 14/11:

"75 En particular, cuando una decisión de aplicación de las normas de la Unión en materia de competencia afecta a varios destinatarios y se refiere a la imputabilidad de la infracción, esa decisión debe estar suficientemente motivada en relación con cada uno de sus destinatarios, especialmente con los que, según esa decisión, deben asumir la responsabilidad por esa infracción. Así pues, respecto a una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento infractor de su filial, dicha decisión debe contener, en principio, una exposición de los fundamentos que justifiquen la imputabilidad de la infracción a esa sociedad."

Pues bien, en la Resolución impugnada se afirma: " Sobre el número, asistentes y contenido de las reuniones en 1995 el solicitante de exención de sanción, TOMPLA, ha presentado diversas minutas junto a su declaración de autoinculpación, en las que los asistentes fueron el Presidente del Grupo HAMELIN en representación de ENRI y en ocasiones también el Director General de ENRI,..." Que existiese o no acuerdo, no implica que tal reunión no iniciase el cártel. El presidente del grupo conocía, por su asistencia a tal reunión, el inicio de los contactos entre empresas competidoras, sin que se produjera una separación pública de tal comportamiento. Existe pues, conexión de la matriz con las decisiones adoptadas por la filial.

Resta analizar la proporcionalidad en la aplicación de la sanción. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la aplicación e interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 . Recientemente el Tribunal Supremo ha resuelto, conociendo en casación frente a la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013 , sobre las cuestiones planteadas respecto a la interpretación y aplicación de tales preceptos en su sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , que ha sido seguida por otras posteriores del mismo tenor. Veremos la parte dispositiva de la citada sentencia y, posteriormente, destacaremos algunos de los fundamentos jurídicos que la justifican.

En el fallo de la sentencia leemos:

*"Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 2872/2013, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 29/2012 tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que el tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 .*

*Segundo. - Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo número 29/2012, interpuesto por "BCN Aduanas y Transportes, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011 (expediente S/0269/10), en cuando declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.*

*Tercero.- No hacer imposición de costas."*

De los fundamentos jurídicos destacamos:

*" La Sala de la Audiencia Nacional reitera en esta sentencia el mismo criterio que ya había mantenido en algunas precedentes, a partir de la dictada el 6 de marzo de 2013 en el recurso número 619/2010, sobre la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , criterio que ha consolidado en otras posteriores y del que discrepa en este caso una de las magistradas de la Sección.*

*En síntesis, la Sala de instancia interpreta la expresión "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora" (que es la aplicable a las infracciones muy graves según el mencionado artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ) en un doble sentido:*

*A) El porcentaje del volumen de negocios (hasta el diez por ciento para las infracciones muy graves, cinco por ciento para las menos graves y uno por ciento para las leves) debe ser utilizado como cifra máxima de la "escala" o "arco sancionador" dentro del cual se ha de situar la multa, en función de la gravedad de la conducta. El límite del diez por ciento no constituye, pues, un mero "umbral de nivelación" que opere a posteriori sobre el importe de la multa determinado conforme a criterios que permitan fijar un "importe de base" mayor.*

*B) El volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje es el correspondiente al "ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción". Lo que significa que no se incluyen en aquella cifra de "negocios" los ingresos obtenidos por la empresa sancionada en otros mercados o ramas de actividad."*

Continúa la citada sentencia:

*"Quinto.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) 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. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").*

*Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003) - al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).*

*Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el*



Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. 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.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo.

La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas,

según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" ( artículo 76 del Código Penal ) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción."

Respecto a la aplicación del Reglamento 1/2003 CE, se afirma:

"Sexto.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE , puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE , pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada."

Respecto al elemento "volumen de negocios total", se afirma:

"Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora...

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 ), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción...

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.



Noveno.- Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecue el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007."

Concluye la repetida sentencia:

"Procede, pues, el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga de nuevo la sanción pecuniaria "en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados", si bien atemperando esta declaración en el siguiente sentido:

A) Por un lado, debe atenderse a la precisión efectuada por el tribunal de instancia: "[...] En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 1 de diciembre de 2011, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio".

B) Por otro lado, el cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE."

En el presente supuesto, la Resolución impugnada razona la graduación de la sanción en los siguientes términos:

"Dado que este tipo de infracción es merecedora de sanción económica, debe estarse para su cálculo a la regulación que la LDC contiene en sus artículos 61 a 64, que establece los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer dicha cuantía, criterios que han sido la base establecida 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", publicada en el B.O.E de 11 de febrero de 2009.

Dado que la infracción habría comenzado en la segunda mitad de 1995, para el cálculo de la sanción es preciso disponer de los volúmenes de negocios en el mercado del manipulado de papel para cada uno de los años de la infracción desde 1995 hasta 2010. Las partes han aportado información del volumen de negocios de los años de infracción que tenían disponibles, no siempre desde 1995. Para estimar el volumen de negocios de los años no disponibles dentro del perímetro temporal de la infracción se ha procedido a calcular respectivamente su media aritmética teniendo en cuenta la información disponible. Dicha media aritmética es la que se ha asignado a los años de infracción de los que no se disponía del volumen de negocios porque el mismo no había sido aportado. Así mismo para el año 1995 y 2010, años en los que la infracción no habría abarcado la totalidad del año natural, se ha prorrateado considerando solo los meses que afectan a la infracción. Sobre estos volúmenes de negocios se han aplicado los correspondientes coeficientes temporales que establece la comunicación en su párrafo (15).

Dada la naturaleza de la infracción, muy grave; el alcance de la misma, prácticamente a la totalidad del mercado nacional; la ausencia de alternativas para la demanda, son los únicos oferentes con capacidad en este mercado; y el tipo de producto, de aplicación principal en colegios y por estudiantes, el tipo a aplicar, de acuerdo con el párrafo (14) de la Comunicación no debería situarse por debajo del 10%."

Esta forma de graduar la sanción ha sido declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo en la sentencia antes trascrita parcialmente, por ello debemos anular la sanción impuesta para que por la CNMC se imponga



la que corresponda, aplicando la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

### FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Enri 2000 S.L.U y Holdham S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de febrero de 2013**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos, ordenando** a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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