



Roj: **SAN 2199/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2199**

Id Cendoj: **28079230062023100275**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2023**

Nº de Recurso: **995/2019**

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: 0000995/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07309/2019

Demandante: HAMELIN BRANDS, S.L.U. (sucesora de ENRI 2000, S.L. y HOLDHAM, S.A)

Procurador: D. JOSÉ RAMÓN PÉREZ GARCÍA

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. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **995/2019**, promovido por el Procurador D. José Ramón Pérez García, en nombre y en representación de **HAMELIN BRANDS, S.L.U.** (sucesora de ENRI 2000, S.L. y HOLDHAM, S.A), contra la resolución de 21 de marzo de 2018, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2015, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por ENRI 2000 S.L. y HOLDHAM S.A. en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de febrero de 2013 (expediente S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

Ha 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 trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictar sentencia:

" dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

(i) Declare la íntegra nulidad de la Resolución de 21 de marzo de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente VS/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL.

(ii) Subsidiariamente, se anule la sanción de conformidad con lo expuesto en los FUNDAMENTOS JURÍDICOS SEGUNDO a QUINTO de esta demanda, declarando que la sanción que corresponde a HAMELIN BRANDS, S.L.U. y, solidariamente, A HOLDHAM, S.A. no puede superar la cifra de 400.000 euros".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló el día 19 de abril de 2023, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ramón Castillo Badal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo HAMELIN BRANDS, S.L.U. (sucesora de ENRI 2000, S.L. y HOLDHAM, S.A) impugna la resolución dictada en fecha 21 de marzo de 2018, por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2015, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por ENRI 2000 S.L. y HOLDHAM S.A. en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de febrero de 2013 (expediente S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO.- La adecuada resolución del recurso requiere tener en consideración los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 15 de febrero de 2013 resolución, en el expediente S/0343/11 (MANIPULADO DE PAPEL), en la que se 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 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 UN/PAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y solidariamente su matriz UN/PAPEL, S.A. (Actualmente ADVEO GROUP INTERNA TIONAL, 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 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)."

2. Con fecha 18 de febrero de 2013, fue notificada a ENRI y HOLDHAM la citada resolución contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo (recurso 129/2013), solicitando la suspensión de la resolución de 15 de febrero de 2013, que fue concedida mediante auto de 14 de mayo de 2013.

3. Mediante sentencia de 6 de marzo de 2015, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por ENRI y HOLDHAM contra la resolución de 15 de febrero de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Contra dicha sentencia ENRI y HOLDHAM interpusieron recurso de casación (1409/2015).

Mediante sentencia de 23 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo desestimó dicho recurso.



4. Con fecha 31 de enero de 2013, en el marco del expediente S/0343/11, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia solicitó información a ENRI y HOLDHAM, entre otros, acerca de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2012 en España y en el mundo, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

5. Con fecha 6 de febrero de 2013, ENRI y HOLDHAM remitieron las contestaciones a la solicitud realizada (folios 6239 y 6240 expte. S/0343/11).

6. Con fecha 12 de junio de 2018, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de alegaciones de ENRI y HOLDHAM en el cual realizan una serie de consideraciones sobre la forma de ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2015.

7. El Consejo dictó esta resolución en su sesión del día 21 de marzo de 2019.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la recurrente denuncia la caducidad del procedimiento en el que se dicta la Resolución impugnada.

En segundo lugar, que la determinación de la sanción se basa en el volumen de ventas del Grupo Hamelin en lugar del volumen de ventas de ENRI 2000. A su juicio, resulta improcedente tomar como base de cálculo el volumen de ventas mundial de todo el grupo, en lugar del volumen de ventas de ENRI 2000.

Seguidamente, que la determinación de la sanción se basa en el volumen de ventas a nivel mundial en lugar de tener en cuenta el volumen de ventas en España, que es el mercado afectado por la supuesta infracción. Recuerda que esta Sala tiene establecido que, a los efectos de calcular el importe de las multas previstas en la LDC, la CNMC debe atenerse al volumen total de ventas en España de la empresa de que se trate así, la Sentencia de 7 de marzo de 2017 (rec. nº 178/2013) y el Auto de 6 de abril de 2017 (rec. nº 188/2013).

En cuarto lugar, que la sanción se fija, exclusivamente, en ese importe máximo abstracto y no tiene en cuenta lo desproporcionado que resulta utilizar en solitario la improcedente cifra de 551.400.000 euros como base de cálculo, sin individualizar la multa en atención al volumen de negocios en el mercado afectado.

Denuncia también que el criterio sobre el supuesto "beneficio ilícito potencial" no está basado en ninguna prueba, resulta arbitrario e incumple frontalmente los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (rec. nº 2872/2013)

Finalmente, que el porcentaje del 7,3% seleccionado en último término es arbitrario, al no existir ningún razonamiento que conecte ese porcentaje con los criterios de graduación empleados.

CUARTO.- El enjuiciamiento del recurso debe efectuarse partiendo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 23 de marzo de 2018, que confirma la dictada por esta Sala por cuanto la resolución administrativa ahora examinada se ha limitado a su ejecución en el único punto en que se estimó el recurso contencioso administrativo, es decir, en la determinación del importe de la sanción de multa. De manera que ya no es posible discutir aquí aspectos que quedaron firmes con el pronunciamiento del Tribunal Supremo y, entre ellos, los datos económicos relativos al volumen de negocios de la recurrente que se tendrán en cuenta para la determinación del recálculo del importe de la multa. Por igual motivo, destacamos que ha quedado ya firme la gravedad y la relevancia de la participación de la entidad recurrente en las actuaciones anticompetitivas.

A partir de aquí, es preciso distinguir los procedimientos sancionadores en materia de conductas colusorias cuya regulación se encuentra recogida en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y su reglamento y por otra parte, la regulación relativa a la ejecución de sentencia prevista en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998.

En el presente caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 se limitó a ordenar a la CNMC la cuantificación de la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Así, el Consejo de la CNMC en su resolución de 21 de marzo de 2019, se limitó a cumplir con lo dispuesto en la referida sentencia, llevándola a puro y debido efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la LJCA.

En éste sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, rec.1957/2019 con cita de la de 30 de septiembre de 2019, rec.5246/2018, rechaza que la ejecución de una sentencia que ordena el recálculo de la sanción impuesta con sujeción a lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, requiera la incoación de un nuevo procedimiento o la retroacción de actuaciones en el seno del procedimiento sancionador en su día incoado, de donde se deduce que no se ha producido la caducidad del procedimiento que denuncia la actora.

Dice el tribunal Supremo que:



""[...] 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."

La fijación de esta doctrina jurisprudencial se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos, que procedemos a transcribir:

"[...] Ante todo es necesario destacar que, como hemos visto en el antecedente segundo, la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2015 (casación 721/213), que había anulado una anterior resolución sancionadora y ordenado a la CNMC que cuantificase nuevamente la sanción pecuniaria.

La citada sentencia de 29 de septiembre de 2015 no acordó el reinicio ni la retroacción del procedimiento administrativo sancionador sino que, sencillamente, ordenó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia "...que cuantifique la sanción pecuniaria dispuesto en los artículos 63 y 64 conforme a lo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos fundamentados". Y ello porque, aparte de la expresa remisión que se hace en la parte dispositiva de la sentencia a lo establecido en los preceptos legales relativos a la cuantificación de las sanciones, la propia sentencia de 29 de septiembre de 2015 deja explicado, en su F.J. 8º, por qué esta Sala consideraba que en la anterior resolución sancionadora se habían vulnerado los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , señalando asimismo la sentencia diversas circunstancias que debían tomarse en consideración para cuantificar la multa; todo ello para terminar concluyen el citado F.J. 8º de la sentencia que debía ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que " (...) cuantifique la sanción pecuniaria aplicando los criterios legales previstos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , ateniendo a las circunstancias atenuantes expuestas, y que, en ningún caso, podría superar la cifra de un millón ochocientos mil euros 1.800.000 €), para no incurrir en la prohibición de reformatio in peius".

Es decir, la sentencia ordenaba a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una concreta actuación: que dictase un nuevo acto de cuantificación de la sanción; y se indicaban en la propia sentencia los criterios con arreglo a los que debía hacerse la cuantificación de la multa.

Así las cosas, el cumplimiento de la sentencia no exigía que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia iniciase formalmente un procedimiento, entendido éste como sucesión de actos y trámites conducentes a un resultado, sino, sencillamente, que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados.

Una vez dictada por la CNMC la resolución que fija nuevamente el importe de la sanción, la parte que estuviese disconforme con lo resuelto bien podría haberlo impugnado promoviendo a tal efecto el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, conforme a lo previsto en los artículos 103, apartados 4 y 5 , y 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Pero la representación de la recurrente no hizo tal cosa, sino que decidió interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra la citada resolución. Ahora bien, el haber optado por esta alternativa no priva a la resolución de la CNMC de su verdadera naturaleza, la de ser un acto dictado en ejecución de sentencia y precisamente para dar cumplimiento a lo decidido en ella."

Añade la sentencia, en consonancia con lo anterior, que no rige aquí el plazo de caducidad porque:

"no resultan de aplicación al caso que estamos examinando las previsiones contenidas en los artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992 (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador. Y ello porque, como ya hemos señalado, la resolución impugnada en el proceso de instancia no era un acto que pusiese fin a un procedimiento administrativo sino un acto dictado directamente en ejecución de la sentencia.



Por lo demás, carecería de sentido intentar aplicar al caso las consecuencias propias del instituto de la caducidad del procedimiento. En efecto, si en la regulación general de los ya citados artículos 42, 44 y 92 de la Ley 30/1992 la caducidad no impide que el procedimiento vuelva a iniciarse, salvo que hubiese transcurrido el plazo de prescripción, tal previsión de reinicio del procedimiento sancionador no encuentra encaje en un supuesto como el que aquí se examina, dado que la existencia de la infracción ya está afirmada por sentencia firme y únicamente queda por cuantificar -según lo ordenado por esta misma sentencia- el importe de la sanción.

Ello no supone que la Administración pueda en estos casos postergar indefinidamente el dictado de la resolución que fije la cuantía de la multa, pues, aparte del límite general que supone el instituto de la prescripción de la infracción, la ejecución de lo resuelto en sentencia debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenido-Administrativa); y en caso de incumplimiento cualquier interesado puede instar la ejecución forzosa o la ejecución subsidiaria, conforme a lo previsto en la regulación general de la ejecución de sentencias dictadas en el ámbito contencioso-administrativo (artículos 104.2, 108 y 109 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción)."

No se produce, por ello, la caducidad de procedimiento que denuncia la actora.

QUINTO.- Se trata de analizar ahora si la metodología utilizada por la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por esta Sala una vez confirmada por el Tribunal Supremo se ha ajustado a los criterios establecidos por este en la sentencia dictada el 29 de enero de 2015.

En el apartado 3.2. de la resolución impugnada figuran los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología que debe aplicarse para el cálculo de las sanciones en materia de competencia; y, en el apartado 3.3, se realiza el recalcu utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Tales criterios son los contemplados en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia a partir de los cuales la CNMC ha fijado un tipo sancionador que aplica luego sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Entiende la Sala, por tanto, que la CNMC ha seguido los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Supremo, por lo que se trata ahora de analizar si la resolución recurrida ha incurrido en falta de motivación o resulta desproporcionada.

En este sentido, la resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 15 de febrero de 2013, y que ha confirmado el Tribunal Supremo, a las empresas infractoras -entre ellas las ahora recurrentes- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podían ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2012). Y, en esta línea, la resolución recurrida destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2012, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recalcu, y hacen referencia a la aplicación de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta en la determinación del importe de la multa de acuerdo con el artículo 64.1 de la LDC. Y han sido:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): *"es el de 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. Según la resolución original, "(. .) 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".*

b) *"La cuota de mercado conjunta de las empresas que participaron en la infracción (art 64.1.b) se encontraba en la horquilla 60-80%*



- c) *El alcance de la infracción (art. 64.1.c): " alcanza prácticamente a la totalidad del mercado nacional (art. 64.1.c).*
- d) *La infracción ha tenido lugar desde, al menos, el segundo semestre de 1995 hasta septiembre 2010 (art. 64.1.d).*
- e) *En cuanto a los efectos de la infracción sobre los usuarios y otros competidores (art. 64.1.e), la resolución original ya destacaba la ausencia de alternativas para la demanda debido a que son los únicos oferentes con capacidad en este mercado, agravados por el tipo de producto, de aplicación principal por estudiantes, en general, y por colegios, en particular".*

Por tanto, la resolución recurrida proyecta sobre el caso concreto los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC (gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes ni atenuantes- 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 de la empresa.

SEXTO.- En segundo lugar, denuncia la recurrente que la determinación de la sanción se basa en el volumen de ventas del Grupo Hamelin en lugar del volumen de ventas de ENRI 2000, que es la única considerada por la Resolución de la CNC de 15 de febrero de 2013 como autora de la conducta infractora dentro del Grupo. La matriz tiene la condición de "responsable solidaria". Esa condición no habilita, a su juicio, para tomar su volumen de ventas como base para la sanción.

Este argumento no puede prosperar.

La resolución ahora recurrida toma en consideración el volumen de ventas total que es el mismo utilizado en la resolución original, confirmada en este aspecto por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2015 (rec. 129/2013 y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 rec. 1409/2015).

Ninguna de estas sentencias cuestiona porque no fue planteado el volumen de ventas total utilizado en la resolución original. En particular, la resolución ahora recurrida indica que el volumen de negocios total de ENRI 2000 y HOLDHAM, perteneciente al año 2012, según contestación de las infractoras a la solicitud de información por parte de la CNMC (folio 6.239 del expediente sancionador), era de 551.400.000 euros.

Este volumen de negocios aportado por las infractoras es el consolidado del grupo Hamelin, teniendo en cuenta que Holdham es la sociedad holding y que no tiene por tanto, volumen de negocios propio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (rec. 1409/2015) deja claro la procedencia de tomar esta cifra como referencia para el cálculo de la sanción, a la vez que recoge la participación en las reuniones y contactos del Presidente del grupo Hamelin en representación de ENRI 2000.

En concreto, la sentencia precisa lo siguiente en relación con la responsabilidad de las infractoras: "*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 SA, 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.*"

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. [...]

En la relación de hechos acreditados de la resolución de la Comisión, se describen las empresas del grupo HAMELIN: ENRI 2000, S.L (ENRI) y HOLDHAM SA. Así, se indica que ENRI se constituyó en 1990 y que desde 1995 hasta mayo del año 2010, estuvo íntegramente controlada por EUROHOLDHAM, sociedad que en el año 2010 fue absorbida por HOLDHAM SA, como consecuencia de una fusión societaria, pasando esta última a poseer el 100% del capital social de ENRI, siendo HOLDHAM SA, la matriz del grupo HAMELIN.



Señala asimismo esta resolución de la CNC que ENRI 2000 SA, fue objeto de una fusión por absorción por parte de una sociedad que a partir del año 2011 pasó a denominarse «HAMELIN BRANDS SL» y a su vez se segregó la sociedad ENRI 2000 SL.

Y finaliza indicando que ENRI 2000, SL tiene el mismo Administrador único que la antigua ENRI 2000 SA, el mismo domicilio social, contando como socio único, la sociedad HAMELIN BRANDS SL, cuya matriz es la sociedad HOLDHAM SA, empresa matriz del grupo HAMELIN.

Por lo tanto, la atribución de la responsabilidad de las sociedades recurrentes deriva de la singular apreciación de la existencia de una unidad económica, dadas las coincidencias apuntadas pues ambas empresas cuentan con un mismo administrador único, domicilio social y con un único socio, que permiten deducir que forman parte de misma unidad empresarial y económica.

La consideración de ENRI 2000, SLU como sucesora de ENRI 2000, SA responde a los datos objetivos antes expuestos siendo así que el argumento esgrimido por la recurrente de la necesaria continuidad en la actividad presuntamente ilícita no es suficiente para desvirtuar las conclusiones alcanzadas. La alegación de que ENRI 2000, SL, no realiza labores de comercialización no desvirtúa la anterior conclusión dada la previa y estrecha vinculación existente entre las dos sociedades de referencia, que contaban con el mismo socio único, HAMELIN BRANDS SL y el mismo Administrador único, y los demás elementos antes expuestos justifican la identidad expuesta. La alegación que se sustenta en una ulterior reestructuración de la sociedad en nada altera lo razonado y no avala la tesis propugnada por la recurrente, pues conduciría a un resultado inaceptable de fácil elusión de toda responsabilidad de una persona jurídica por su simple reorganización interna, cambios en la dirección o cambios de titularidad o de forma jurídica.

Por tanto, no puede aceptarse la alegación de que debería tomarse el volumen de ventas de ENRI 2000.

Al contrario de lo que afirma la demanda, la resolución impugnada no altera el círculo de responsables definido en la resolución original de 15 de febrero de 2013 sino que respeta el contenido esencial de dicha resolución, avalado en este aspecto por la AN y el TS, sin que la recurrente alegara nada al respecto.

En este sentido no puede tomarse en consideración la alegación de la recurrente argumentando que el primer cálculo de la multa efectuado por la resolución de 15 de febrero de 2013 no indicaba en modo alguno cuál era el volumen total que se tomaba en consideración, al aplicar la Comunicación de multas de 2009 y usar tal volumen de ventas como mero umbral de nivelación. La resolución de 15 de febrero de 2013 y de la multa impuesta en la misma a la recurrente (4.207.881 €) permite rechazar de plano dicha afirmación respecto al desconocimiento por ENRI del volumen de negocios utilizado en 2013 para el cálculo de la sanción.

En su fundamento de derecho sexto () la resolución de 2013 dice expresamente: "*Teniendo en cuanta el volumen de facturación total de los grupos empresariales a los que pertenecen las tres empresas infractoras, se constata que ninguna de estas sanciones supera el respectivo 10% del citado artículo [63.1.c) de la LDC]*".

Por lo tanto, la resolución de 2013 estableció el límite del 10% al volumen de facturación total del grupo empresarial al que pertenecía ENRI, sin que la empresa lo discutiera en sus recursos sucesivos ante esta Sala y el Tribunal Supremo.

Además, para que la multa impuesta fuese de 4.207.881€, la única manera de que ese importe no superase el 10 % de límite previsto en el artículo 63.1.c) de la LDC era que el volumen de negocios para el cálculo de la sanción no fuera el comunicado el 31 de enero de 2013 (folios 479-480) para ENRI: 8.282.293 € (España) o 9.772.521 € (mundial) que sólo permitían multas máximas de 828.229 € o 977.252 €, ni tampoco el comunicado para el Grupo HOLDHAM en España (31.916.000 €) que sólo permitía una multa máxima de 3.191.600 €.

Al ser sancionada como una multa de 4.207.881€, ENRI supo desde el primer momento que el volumen de negocios utilizado para su cálculo no había sido ninguno de los comunicados para ENRI ni para el Grupo HOLDHAM en España, siendo únicamente posible que se utilizara el comunicado para Grupo HOLDHAM a nivel mundial (551.400.000 €), sin que la empresa sancionada discutiera ese importe en los recursos presentados ante la Audiencia Nacional Sala y, después, ante el Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- Tampoco puede prosperar el argumento de que la sanción debe fijarse atendiendo al volumen total de ventas en España de la empresa de que se trate y no el volumen de ventas a nivel mundial.

Según esta afirmación de la actora, la multa no puede superar el 7,3% del volumen de ventas en España de ENRI 2000 en el año 2012 (8.282.293 €), lo que arroja una sanción máxima de 604.607,38 €.

En realidad, el volumen de negocios total de la empresa se determina en las cuentas anuales de la empresa sancionada, independientemente del lugar donde se obtuvo esa facturación. De este modo, si la sociedad



incoada tiene actividad en el extranjero, el volumen de negocio obtenido fuera de España formará parte del volumen de negocios total que es el que debe tomarse en consideración para fijar el importe de la multa. Así lo dijimos en una sentencia de 10 de julio de 2018, rec.348/2017 en relación con el expediente S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal en la que sostuvimos que *"esa interpretación no se corresponde con la finalidad disuasoria de la multa y con el tenor literal del precepto por lo que entendemos que el volumen total de la empresa se corresponde con las ventas totales realizadas por la misma en cualquier lugar del mundo, que es la cifra que aparece publicada en las cuentas anuales de las empresas."*

En éste sentido, en la sentencia de 22 de junio de 2018, rec. 344 / 2017 hemos considerado también que el volumen de negocios total incluye el obtenido fuera de España".

OCTAVO.- Sostiene la recurrente que la sanción se fija, exclusivamente, en ese importe máximo abstracto y no tiene en cuenta lo desproporcionado que resulta utilizar en solitario la improcedente cifra de 551.400.000 euros como base de cálculo, sin individualizar la multa en atención al volumen de negocios en el mercado afectado.

En realidad, la resolución recurrida sí ha tenido en cuenta el volumen de negocio del mercado afectado pues dice que "Para el cálculo de los volúmenes de negocios en el mercado afectado (VNMA), se utilizan los mismos datos obtenidos en la resolución original que decía:

" 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%."

Por lo tanto, se tiene en cuenta el volumen de negocio de la actora en el mercado afectado y su participación en él de las empresas recurrentes en el proceso de individualización de la sanción con independencia de que después el tipo así obtenido se aplique sobre el volumen de negocios total del grupo, como se ha hecho.

NOVENO.- De nuncia seguidamente que el criterio sobre el supuesto "beneficio ilícito potencial" no está basado en ninguna prueba, resulta arbitrario e incumple frontalmente los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (rec. nº 2872/2013).

Conviene precisar que en el proceso de determinación del importe de la multa la toma en consideración por la CNMC del beneficio ilícito potencial responde a la necesidad de hacer un ajuste de proporcionalidad porque puede suceder que la aplicación del tipo sancionador total asignado a la recurrente, en este caso, el 7,3% sobre el volumen de negocios total de la empresa, 551.400.000 € puede dar lugar a una sanción desproporcionada que, en este caso, sería de 40.252.200 euros 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, explica la CNMC, 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.

Se trata de verificar 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 cuestiona en el informe pericial aportado por la actora y realizado por la firma COMPASS LEXECON.



El citado informe advierte que *"la CNMC, en su resolución no explica qué metodología habría utilizado ni aporta detalles sobre la información utilizada. Además, tampoco consta en el expediente ninguna información que pudiera ser utilizada para la estimación del beneficio ilícito. Concluye que, " la Resolución de 2019 no sigue las recomendaciones establecidas por la propia CNMC o la Comisión Europea para la presentación de informes periciales en casos de política de competencia"*.

Aunque pueda tener razón el informe en esos aspectos lo que hace la CNMC es una mera estimación 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 en la resolución inicial luego confirmada judicialmente que las empresas sancionadas coordinaron sus estrategias para armonizar los incrementos de precios pactados y que acordaron precios mínimos para determinados productos.

DÉCIMO.- Tampoco apreciamos falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, concretamente del 7,3%. En este sentido, la resolución recurrida tiene en cuenta la gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la empresa

Asimismo, la CNMC afirma que, como 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, constituye ello un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

La concreción del tipo sancionador se ajusta a las previsiones legales y a partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

DÉCIMOPRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Ramón Pérez García, en nombre y en representación de **HAMELIN BRANDS, S.L.U.** (sucesora de ENRI 2000, S.L y HOLDHAM, S.A), contra la resolución de 21 de marzo de 2018, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2015, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por ENRI 2000 S.L. y HOLDHAM S.A. en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de febrero de 2013 (expediente S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa, resolución que declaramos conforme a derecho.

2. Con 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, debiendo 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.