

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO empresas FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 26 de enero de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (recurso 1567/2014) por la que se casa el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2014 (recurso 153/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S (en adelante FLEX-CORDEX) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (Expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 28 de febrero de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con FLEX-CORDEX:

“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 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que son autoras la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR), ESINCA, S.L., EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L., FLEX

2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S., INTERPLASP, S.L., PAGOLA POLIURETANOS, S.A., RECTICEL IBÉRICA, S.L. y solidariamente su matriz RECTICEL, S.A., TEPOL, S.A., TORRES ESPIC, S.L. y YECFLEX, S.A., consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.

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

(...)

- Siete millones quinientos setenta y cinco mil euros (7.575.000€) a FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente a su matriz CORDEX, S.G.P.S.,

(...)

CUARTO. *Declarar que FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. reúne los requisitos del artículo 66 LDC y, en consecuencia, aplicarle una reducción del 40% importe de la multa, lo que supone que les corresponde pagar una sanción de cuatro millones quinientos veinte y un mil euros (4.521.000€).¹*

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

2. Con fecha 4 de marzo de 2013 le fue notificada a FLEX-CORDEX (folios 129 y 130) la citada Resolución contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo (nº 153/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 3 de julio de 2013², la Audiencia Nacional acordó la suspensión respecto al pago de la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 4.521.000€, que se declaró suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2013.
4. Mediante Sentencia de 14 de marzo de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (153/2013) interpuesto por FLEX-CORDEX contra la Resolución de 28 de febrero de 2013, en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (1567/2014) por la Abogacía del Estado.

¹ El 22 de marzo de 2013 FLEX-CORDEX solicitó aclaración sobre si la reducción del 40% del importe de la multa correspondiente a Flex se extendía a la responsabilidad solidaria de su matriz Cordex, petición que fue inadmitida por extemporánea por Acuerdo de Consejo de la CNC de 5 de abril de 2013.

² Corregido por Auto de 4 de septiembre de 2013.

5. Con fecha 5 de febrero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, estimando parcialmente el recurso interpuesto por FLEX-CORDEX contra la Resolución de 28 de febrero de 2013, anulándola sólo en cuanto a la multa, y ordenando la cuantificación de ésta en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, con la atenuante apreciada por la Audiencia Nacional.
6. Con fecha 16 de marzo de 2015, tuvo entrada escrito del representante legal de FLEX-CORDEX (folios 1420 a 1428) en el que solicitaba *“TRAMITE DE AUDIENCIA, con plazo para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en los términos y momento expresados en este escrito del procedimiento administrativo que la CNMC inicie para llevar a puro y debido efecto el fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 8/1567/2014).*
7. Con fecha 12 de febrero de 2016, la DC considerando que la propuesta de recalcuro que realiza y eleva a la Sala de Consejo tiene carácter de documento interno, denegó la concesión del trámite de audiencia solicitado por FLEX-CORDEX (folio 1471).
8. Con fechas 22 de febrero y 2 de marzo de 2016, FLEX-CORDEX notificó a la DC la interposición del *“recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales contra la Resolución de 12 de febrero de 2016 con solicitud de suspensión cautelar del procedimiento VS/0342/11, Espuma de poliuretano, hasta la resolución del recurso especial”* (folios 1492 a 1496).
9. Con fecha 18 de mayo de 2016, el Secretario del Consejo comunicó a FLEX-CORDEX que *“no se procedería a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 en tanto no se resuelva la solicitud de suspensión formulada por la empresa en el marco del recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales formulado contra la resolución de 12 de febrero de 2016”* (folio 1540).
10. Mediante Auto de 28 de septiembre de 2016, notificado el 3 de octubre de 2016, la Audiencia Nacional denegó la suspensión de la medida cautelar solicitada por FLEX-CORDEX en relación con la Resolución dictada con fecha 12 de febrero de 2016 por la Dirección de Competencia (folio 1542-1544).
11. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 31 de enero de 2013, se requirió a FLEX-CORDEX la aportación de información sobre el volumen de negocios mundial y en España consolidado del grupo al que pertenecen, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados en el año 2012.

12. FLEX-CORDEX presentó escrito de contestación el 7 de febrero de 2013 (folio 1468) señalando, entre otros extremos, que el volumen de negocios total consolidado del grupo al que pertenecen, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, de 2012, ascendió a 156.161.576,83 €, en el mundo, y a 36.016.373 €, en España.
13. Son interesados:
- FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A.
 - CORDEX, S.G.P.S
14. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 26 de enero de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

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

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

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de febrero de 2013 acordó Imponer a FLEX-CORDEX una multa de 7.575.000 €, así como una reducción sobre la misma del 40%, resultando un importe final de 4.521.000 €.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado en dicha sentencia fue casado mediante Sentencia del

Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015, en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado, manteniendo la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando una nueva cuantificación según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de la expuesta por la Audiencia Nacional.

La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 153/2013, que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles CORDEX, S.G.P.S. y FLEX 2000-PRODUCTOS FLEXÍVEIS, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11, que impuso a FLEX 2000-PRODUCTOS FLEXÍVEIS, S.A., y solidariamente a su matriz CORDEX, S.G.P.S., la sanción de 4.521.000 euros, por la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que anulamos, por ser disconforme a Derecho, en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fundamentados.”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 28 de febrero de 2013

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a FLEX-CORDEX hay que partir de los hechos acreditados que se les imputan en la Resolución de 28 de febrero de 2013 y que han sido corroborados por los Tribunales.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la Resolución, Flex y su matriz Cordex (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cártel de empresas.
- En particular, según lo señalado en el FD sexto,

“FLEX 2000-PRODUCTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente su matriz CORDEX, S.G.P.S. es considerada responsable de la infracción por su

participación en las conductas desde el 19 de julio de 2000 hasta el 10 de septiembre de 2010, fecha en la que presentaron su solicitud de reducción del importe de la sanción. FLEX 2000 muestra su absoluta conformidad con los hechos acreditados en el PCH y con la calificación jurídica que de ellos hace la DI.”

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución de 28 de febrero de 2013 motivó la determinación de la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Determinación del mercado afectado. El mercado afectado por las conductas declaradas prohibidas es el de las ventas en España de espuma de poliuretano flexible para confort.
- Duración. El cártel formado por las entidades incoadas se mantuvo de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde, al menos, la reunión celebrada el 23 de enero de 1992, fecha de la primera reunión que se considera acreditada, hasta el 16 de febrero de 2011, coincidiendo con la realización de las inspecciones.

No obstante, para el caso de FLEX-CORDEX, la resolución considera como fecha inicial de la conducta el 19 de julio de 2000 y como término final el 10 de septiembre de 2010, fecha de presentación de la solicitud de reducción de la multa.

- Atenuantes y agravantes: No se apreciaron atenuantes ni agravantes por parte de ninguna empresa
- Importe básico de la sanción y límite del 10%: A la hora de calcular el importe básico de la sanción se tuvo en cuenta el volumen de ventas antes de impuestos, de espuma de poliuretano flexible para confort, realizadas en territorio español por cada una de las empresas.

Cuando por el tiempo transcurrido las partes no han podido aportar el correspondiente volumen de negocios, se asigna como valor la media aritmética del periodo para el que hay datos disponibles.

Así mismo para los ejercicios en los que la infracción no habría abarcado la totalidad del año natural, se prorratea la cifra de ventas considerando solo los meses que afectan a la infracción.

Sobre los volúmenes de negocios así calculados se aplicaron los correspondientes coeficientes temporales que establece la comunicación en su párrafo (15).

Dada la naturaleza de la infracción y su alcance el Consejo consideró que el tipo a aplicar debía ser del 10%

Por último el importe se redujo al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior en aquellos supuestos en que la multa calculada resultaba superior a dicho porcentaje.

En el caso de FLEX-CORDEX la determinación de la multa obedecía a los siguientes datos:

	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)
FLEX-CORDEX	75.750.000 € ³	10%	7.575.000 €

La multa de 7.575.000 € así calculada (que luego fue reducida en aplicación del artículo 66 de la LDC a 4.521.000 €) supuso un 21,0% del volumen de negocios total en España de FLEX-CORDEX en 2012, ejercicio anterior a la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en su fundamento segundo, en el que acoge los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015, el proceso de determinación de la multa debería necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “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.”
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación 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* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.

³ Tomando como base la información aportada por FLEX-CORDEX sobre el volumen de negocios generado durante la infracción (folio 1463 del expediente de referencia VS/0342/11), ponderado por la antigüedad.

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“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”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*
- Por último, el FD 2º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios 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.”* Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”*

Concluyendo el Tribunal Supremo que procede estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de instancia, y estimar parcialmente el recurso interpuesto por FLEX-CORDEX contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, que anula en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenando a la Comisión Nacional

de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pero atemperada en los siguientes términos:

“A) Por un lado, debe aplicarse, tal como aprecia la Sala de instancia, la circunstancia atenuante del artículo 64.3 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de no aplicación efectiva de las conductas prohibidas, al haberse acreditado el rol pasivo que tuvo la mercantil Flex 2000 en la formación del cartel y en el seguimiento de los acuerdos colusorios adoptados.

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).”

3.3. Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0342/11)

La infracción que acredita la Resolución de 28 de febrero de 2013 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable FLEX-CORDEX, entre otras, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 7 de febrero de 2013 FLEX-CORDEX presentó su facturación total, relativa al año 2012, siendo ésta en España de 36.016.373 euros (folio 1468). Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 28 de febrero de 2013 (S/0342/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se ha acreditado una infracción de FLEX-CORDEX del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y de repartir el mercado de espuma de poliuretano flexible para confort en España.

El mercado afectado por la conducta es el de las ventas en España de espuma de poliuretano flexible para confort. Este mercado, según el Consejo de la extinta CNC, tiene un exceso de capacidad abocado a un ajuste que la conducta ha tratado de postergar en detrimento de la eficiencia (HP 3.3, apartado 151).

En dicho mercado, como se indica en la página 76 de la Resolución de la CNC, las empresas imputadas aglutinan la práctica totalidad de la oferta del producto en España

(la media de la cuota de mercado de las empresas infractoras fue aproximadamente un 90% durante la infracción).

“(124) Así, de acuerdo con la información aportada por las empresas en contestación a los requerimientos de realizados por esta DI, en el mercado español de la espuma flexible para confort destacan RECTICEL (con un 20-30% de cuota de mercado), seguida de FLEX 2000 (20-30%), PAGOLA (0-10%) y TORRES ESPIC (0-10%), si bien también hay otras empresas, de menor envergadura, como INTERPLASP (0-10%), YECFLEX (0-10%), FLEXIPOL (0-10%), EUROSPUMA (0-10%), VEFER (0-10%), ESINCA (0-10%), TEPOL (0-10%), CARPENTER (0-10%) (folios 2447 a 2454; 2469-70, 2953; 2999-30 y 4587).”

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta, ha quedado acreditado que el cártel comprendía la península ibérica, dado que también empresas portuguesas formaron parte del mismo. Así, los efectos intracomunitarios son claros.

Ha quedado acreditado que los acuerdos de precios fueron implementados, afectando a la rivalidad e empresas en el mercado y a la posición negociadora de los clientes, así en el FD primero, se dice:

“...se ha acreditado que las entidades participantes en el cártel fijaron incrementos de entre el 7 y el 14% (en función de la densidad) en octubre de 1992 (folios 1394 y 1398), un incremento del 16% en enero de 1993 (folios 1344 a 1348), un incremento del 7,5% en mayo del 2000 (folios 688 y 776 a 781), un incremento de 0,3€/kg en 2004 (folios 3158, 4000 y 4001), un incremento del 6% en 2008, un incremento de 0,25 €/kg en octubre de 2009 (folio 5870) y un incremento de 0,25€/kg en junio de 2010 (folios 12, 44 y 166 a 169, 179, 691, 848 y 849, 5711 y 5712, 5729, 5730, 5806 a 5808, 5813 y 5814).”

Por otra parte, al ser el poliuretano un producto intermedio con múltiples aplicaciones, esos incrementos de precios han podido trasladarse en cascada a las actividades económicas que lo utilizan como factor necesario.

Además, los miembros del cártel se valieron de un sistema de vigilancia para asegurar que ninguna de las infractoras violase los términos de los acuerdos alcanzados. El encargado de desarrollar esa tarea era una consultora contratada por las partes, aunque esta actividad fue disimulada encargando también a esta consultora una auditoría medioambiental.

Las empresas infractoras eran conscientes del riesgo que corrían si la autoridad de competencia conocía de sus conductas, como se pone de manifiesto en los comunicados y actas de la Asociación.

3.4. Criterios particulares para la determinación de la sanción a FLEX-CORDEX

En lo referente a su duración, en el caso de FLEX-CORDEX, en la Resolución de 28 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC estableció que ésta empezaba el 1 de enero de 2002 y concluía el 10 de septiembre de 2010, a pesar de que de hecho se acreditó su participación en el cártel desde el 19 de julio de 2000. El motivo de esta reducción es que

“Con la declaración del primer solicitante de clemencia se disponía de prueba de la infracción para un conjunto de empresas desde 1992 a 2011 y para otras (EUROESPUMA y FLEX 2000) desde 2002. La declaración de FLEX 2000 efectivamente permite alargar el periodo de la infracción para estas dos empresas situando el inicio de la infracción para ambas desde el 19 de julio de 2000. Por ello, en aplicación de lo previsto en el art. 66.3 de la LDC, el Consejo considera adecuado que a los efectos de determinar el importe de la multa que le corresponda a FLEX 2000 no se tenga en cuenta este periodo adicional.”

En consecuencia, la facturación de FLEX-CORDEX en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 178.888.502 euros, resultado de sumar las cifras aportadas por FLEX-CORDEX (folio 11.063), correspondientes a los años 2002 hasta 2009, más la proporción de la cifra de ventas en el mercado afectado en 2010 correspondiente a los ocho primeros meses del año.

La participación de FLEX-CORDEX en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado, fue de un 10,8%. En comparación con el resto de empresas que formaron parte del cártel, presenta una cuota de participación media.

Además a la hora de recalcular el importe de la multa, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Supremo, deberá aplicarse la circunstancia atenuante del artículo 64.3 b) de la LDC de no aplicación efectiva de las conductas prohibidas, al haberse acreditado el rol pasivo que tuvo FLEX-CORDEX en la formación del cártel y en el seguimiento de los acuerdos adoptados.

3.5. Sanción a imponer a FLEX-CORDEX

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, presencia de 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 acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,3% del volumen de negocios total de FLEX-CORDEX en 2012, lo que supondría una multa de 1.908.868 euros.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso

hay que tener en cuenta “*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*”.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial*⁴). En el presente caso, la multa que le correspondería a la infractora (1.908.868 euros) está muy lejos del límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 13.700.000 euros⁵, por lo que no es necesario reducir la sanción por motivos de proporcionalidad.

Por otro lado, tal y como dispuso la Resolución de 28 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC acordó, en virtud del artículo 66.1 de la LDC, reducir el importe de la multa que corresponde a FLEX-CORDEX en un 40%, por lo que la multa que finalmente debería pagar es de 1.145.321 euros.

Esta multa, que es la que le correspondería a la empresa infractora de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones, es decir, 1.145.321 euros, es inferior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 4.521.000 euros, por lo que no es necesario aplicar la prohibición de *reformatio in peius*.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el importe de la multa que debe imponerse a la empresa infractora es 1.145.321 euros, que supone un 3,2% de su volumen de negocios total en España en 2012.

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

⁴ 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, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas.

⁵ Esta cifra resulta de las subidas de precios derivadas de la cartelización que se acreditaron en la resolución original, mencionadas anteriormente, así como de los márgenes brutos de explotación de empresas del mismo sector y de tamaño semejante durante el período de la infracción, según datos del Banco de España.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente a su matriz CORDEX, S.G.P.S., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2014 (Recurso 153/2013), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (recurso 1567/2014), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (Expte. S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO), la multa de **1.145.321 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.