

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0402/12, ESPUMA ELASTOMÉRICA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0402/12, ESPUMA ELASTOMÉRICA, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 (recurso 522/2013), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (recurso 2773/2016), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. y L'ISOLANTE K-FLEX S.R.L. (L'ISOLANTE) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de septiembre de 2013 (expediente S/0402/12, ESPUMA ELASTOMÉRICA).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 12 de septiembre de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0402/12, ESPUMA ELASTOMÉRICA, 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 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entre octubre de 2001 y enero de 2012, en los términos del Fundamento de

Derecho Quinto, y de la que son responsables ARMACELL IBERIA S.A, y solidariamente su matriz FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l., y L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL.

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

- A ARMACELL IBERIA S.A, y solidariamente a su matriz FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l. 6.497.371 € (Seis millones cuatrocientos noventa y siete mil trescientos setenta y uno Euros).

- A L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL., 2.349.712 € (Dos millones trescientos cuarenta y nueve mil setecientos doce Euros).

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

2. Con fecha 17 de septiembre de 2013 fue notificada a L'ISOLANTE la citada resolución (folio 61.5) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 522/2013). Asimismo, L'ISOLANTE solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa, que fue concedida mediante auto de 19 de diciembre de 2013.
3. Mediante sentencia de 27 de junio de 2016 (recurso 522/2013), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por L'ISOLANTE contra la resolución de 12 de septiembre de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. Contra dicha sentencia, L'ISOLANTE interpuso recurso de casación (2773/2016). Mediante sentencia de 19 de julio de 2018 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación (firme mediante diligencia de 20 de septiembre de 2018).
4. Con fecha 18 de julio de 2013, el Consejo de la CNC acordó requerir a L'ISOLANTE la siguiente información (folios 4261 a 4264 expte. S/0402/12):
 - A L'ISOLANTE K-FLEX S.r.l. su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos para el año 2012, así como el de su empresa filial L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A.
 - A L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. su volumen de negocios de espuma elastomérica en España antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos para el periodo comprendido entre octubre de 2001 y diciembre 2008, desglosados por años.
5. Con fecha 2 de agosto de 2013, L'ISOLANTE remitió la información solicitada (folios 4281 a 4288 expte. S/0402/12), señalando que el volumen de negocios total en el

año 2012 de L'ISOLANTE K-Flex S.r.l. ascendió a 135.093.000 euros y el de L'ISOLANTE K-Flex España, S.A. fue de 7.041.189 euros.

6. Con fecha 19 de noviembre de 2018, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de alegaciones de L'ISOLANTE en el cual realizan una serie de consideraciones sobre la forma en que considera que debería ejecutarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016.
7. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 11 de julio de 2019.

II. 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, compete a la CNMC *“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 dictar esta resolución corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 12 de septiembre de 2013 impuso a L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L., y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL., una multa de 2.349.712 euros. Contra ella interpusieron recurso contencioso administrativo (recurso 522/2013).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de junio de 2016 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por L'ISOLANTE), anulando la multa impuesta en la resolución de 12 de septiembre de 2013 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo 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

fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 12 de septiembre de 2013

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L., y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL, es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de 12 de septiembre de 2013 y que han sido confirmados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

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, L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL, fueron declaradas responsables de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea conformada por el intercambio de información sensible así como por haber alcanzado acuerdos anticompetitivos en materia de precios y clientes desde octubre 2001 hasta enero 2012.

Respecto a la ilicitud de la conducta, el Consejo de la CNC señalaba:

“La conducta no se limita solo a comunicarse las tarifas oficiales de unos u otros con una significativa antelación respecto al momento de su entrada en vigor, sino que previamente a la elaboración de dichos listados acordaban poner límite a los descuentos, modificar las tarifas relativas de ciertos productos, y los momentos temporales en los que se aplicarían dichas tarifas. (...) No se trata pues solo de intercambios de tarifas de precios, sino que éstos se consensuaban entre ellos. Existen igualmente evidencias de que el acuerdo también habría implicado cierto reparto de mercado, o al menos cierto respeto de los clientes y de los distribuidores.”

- En particular, según lo que señalaba en el FD sexto, el Consejo consideró responsable de la conducta infractora a L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL:

“Valorados los hechos acreditados en el expediente, el Consejo coincide con la propuesta que realiza la Dirección de Investigación, tanto en lo referente a la responsabilidad propia de Armacell Iberia SL y L'Isolante K-Flex España SA, como a la responsabilidad solidaria de sus matrices, respectivamente FOAM INVESTMENT II S.a.r.l. y L'Isolante K-Flex S.r.l.

En ambos casos se trata de filiales que pertenecen al 100% a sus matrices, por lo que, en principio, siguiendo la jurisprudencia nacional y

comunitaria, cabe aplicárseles el principio de unidad económica empresarial y ausencia de independencia de comportamiento de la filial respecto a la matriz (sentencia del TG, Asunto T-24/04, Alliance One, SCTC y TLTC par. 133,134). (...)

En el presente expediente, ninguna de las matrices ha probado, a juicio de este Consejo, que no controlen el comportamiento económico de sus filiales y, por lo tanto, deben ser declaradas responsables solidarias de sus filiales en cuanto a las responsabilidades de estas derivadas de la presente resolución”

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

La Resolución del Consejo de la CNC de 12 de septiembre de 2012 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Calculo del importe básico de la sanción

El Consejo de la CNC aplicó un tipo del 10% sobre el volumen de ventas en el mercado afectado, calculado sobre la base de los datos aportados por las empresas del volumen de negocios en España en el mercado afectado, y ponderado decrecientemente por el tiempo acreditado.

- Atenuantes o agravantes

El Consejo no apreció circunstancias atenuantes ni agravantes.

- Límite del 10% del volumen de negocios total

Calculado el importe básico de la sanción, y en ausencia de atenuantes o agravantes, el Consejo de la CNC estimó que la multa final debía ser igual al importe básico, ya que esa cifra era inferior al límite máximo del 10% al que hace referencia el artículo 63.1.c, utilizando como referencia el volumen de facturación total de 2012 del grupo empresarial al que pertenece la empresa infractora objeto de recálculo, L'ISOLANTE (K-FLEX).

	Importe básico de la sanción (€)	Volumen de negocios total del grupo en 2012 (€)	Límite 10% (€)	Multa impuesta (€)
L'ISOLANTE (K-FLEX)	2.349.712	135.093.000	13.509.300	2.349.713

Tabla elaborada con información del expediente original

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina

iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015¹. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

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

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

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción que acredita la Resolución de 12 de septiembre de 2013 (y confirmada por la Audiencia Nacional), de la que es responsable L'ISOLANTE, 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.

Se ha indicado anteriormente que consta en el expediente que L'ISOLANTE K-Flex S.r.l. manifestó que su volumen de negocios total en el año 2012 ascendió a 135.093.000 euros, mientras que el de L'ISOLANTE K-Flex España, S.A. ascendió a 7.041.189 euros (folio 167). Como es esta última mercantil la sancionada directamente,

¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

su volumen de negocios total es sobre el que debe aplicarse el tipo sancionador total que se determine a continuación.

El tipo sancionador total 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 12 de septiembre de 2013 (S/0402/12), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La infracción acreditada consistió en el intercambio de información sensible y en alcanzar acuerdos anticompetitivos en materia de precios y clientes. Más en concreto, estos acuerdos se dirigían a conseguir incrementar los precios de venta y a respetar los clientes de ambas empresas infractoras.

El mercado afectado por la conducta (art. 64.1 a), tal y como ya se ha señalado, es el de productos de aislamiento de espuma elastomérica en España. Consta en el expediente original la facturación en España de la empresa infractora en el mercado afectado durante los años de participación en el cártel. Teniendo en cuenta que de 2001 solo se tiene en cuenta la facturación correspondiente al período octubre-diciembre, el volumen de negocios de L'ISOLANTE en el mercado afectado durante la infracción fue de 71.819.521 euros, que permite identificar la dimensión de la conducta.

La participación de L'ISOLANTE en la conducta, medida como la proporción del volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción del que esta empresa es responsable, fue de un 22,3%, la menor de las dos infractoras.

Por otra parte, según la Resolución, y como ha confirmado la Audiencia Nacional, las dos empresas infractoras suministraban no menos del 80% del mercado en el que se desarrolló la conducta (art. 64.1.b).

En cuanto al alcance geográfico (art. 64.1.c), la infracción ha podido afectar al comercio intracomunitario, ya que su alcance abarca al menos todo el territorio nacional.

La infracción, única y continuada, se mantuvo al menos 10 años y tres meses, desde octubre 2001 hasta enero de 2012, (art. 64.1.d) momento en el que se llevaron a cabo las inspecciones domiciliarias por la Dirección de Investigación. Durante ese período, las subidas anuales de precios que se han acreditado oscilaron entre el 5 y el 10%, lo que supone un efecto muy significativo (art. 64.1.e).

Por otro lado, la espuma elastomérica es un producto perteneciente a la categoría más amplia de espumas flexibles, que se emplean como aislamiento de instalaciones industriales y equipos en los edificios, por lo que los efectos sobre los precios han tenido previsiblemente efectos en el sector de la construcción (art. 64.1.e).

Como se ha dicho ya, no se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, duración de la conducta, participación en la conducta y ausencia de agravantes o 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 total del 5,8% para L'ISOLANTE.

Por último, el FD 2º de 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.

En el presente caso, la multa que le correspondería a L'ISOLANTE según la gravedad de la conducta y de su participación en ella (un tipo del 5,80% se traduce en una multa de 408.389 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, por lo que no es necesario ajustar la multa por motivos de proporcionalidad.

No procede responder a las alegaciones de la recurrente en la medida en que el recálculo de la sanción no contradice el escrito de la recurrente. Efectivamente, se ha recalculado la sanción sobre la misma base sobre la que se recalculó la sanción impuesta a Armacell Iberia, es decir, el volumen de negocios de la filial española en 2012. Además, el tipo sancionador calculado sobre K-Flex España es inferior al tipo sancionador aplicado al recalcular la sanción impuesta a Armacell Iberia, de acuerdo con su menor participación en la conducta.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer a L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL, en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 (Recurso 522/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de septiembre de 2013 (Expte. S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRICA), la multa de **408.389 euros**.

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