CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO (empresas YECFLEX, S.A y FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y su matriz COPOFOAM, S.L.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

Dª. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

Dª Clotilde de la Higuera González

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de febrero de 2020

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/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO cuyo objeto es la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2017 (recurso 177/2013) y 11 de julio de 2017 (recurso 159/2013), declarada firme por auto desestimatorio del Tribunal Supremo, y, por las que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por YECFLEX, S.A (YECFLEX), FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. (FLEXIPOL) y COPOFOAM, S.L. (COPOFOAM) contra 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:

> ***"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:*

(…)

- *Dos millones seiscientos sesenta y un mil euros (2.661.000€) a FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y a su matriz COPOFOAM, S.L. de los que esta última es responsable solidaria hasta un importe de 2.641.000€.*

(…)

- *Seiscientos sesenta y ocho mil euros (668.000€) a YECFLEX, S.A.”*

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

2. Con fecha 4 de marzo de 2013 les fue notificada a todas ellas (folios 131, 132 y 136) la citada resolución contra la que interpusieron recursos contencioso administrativos (recursos (159/2013 y 177/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma, que fue concedida por la Audiencia Nacional.

3. Mediante sentencias de 30 de mayo de 2017 y 11 de julio de 2017, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente los recursos (177/2013 y 159/2013) interpuestos por YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM respectivamente, contra la resolución de 28 de febrero de 2013, ordenando a la CNMC 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. Contra dicha sentencia, FLEXIPOL y COPOFOAM interpusieron recurso de casación (recurso 5995/2017). Mediante auto de 9 de febrero de 2018, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Esta Comisión recibió el 6 de abril de 2018 testimonio del auto de desestimación.

4. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 31 de enero de 2013, se requirió a YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM 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.

5. Las citadas empresas presentaron escritos de contestación al requerimiento de información en las siguientes fechas:

- YECFLEX presentó escrito de contestación el 8 de febrero de 2013 (folio 12842 del expte. S/0342/11) señalando, entre otros extremos, que el volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, de 2012, ascendió a 6.683.004,31 euros.
- FLEXIPOL y COPOFOAM presentaron escrito el 8 de febrero de 2013 (folios 12845 del expte. S/0342/11) en el que manifestaban que su volumen de negocios total en 2012, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, ascendió a 26.609.943 euros (22.952.243 euros correspondientes a FLEXIPOL y 3.657.700 euros a COPOFOAM).

6. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 27 de febrero de 2020.

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 las sentencias 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.

La resolución del Consejo de la CNC de 28 de febrero de 2013, dictada en el expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO, impuso una multa de 2.661.000 euros a FLEXIPOL y a su matriz COPOFOAM, de los que esta última era responsable solidaria hasta un importe de 2.641.000 euros. Además, se impuso una multa a YECFLEX por importe de 668.000 euros. Dichas empresas interpusieron recurso contencioso administrativo contra la citada resolución.

Los recursos interpuestos fueron estimados en parte por la Audiencia Nacional. Mediante auto de 9 de febrero de 2018, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación interpuesto por FLEXIPOL y COPOFOAM (recurso 5995/2007).

La Audiencia Nacional en sus sentencias de 30 de mayo de 2017 y 11 de julio de 2017 (recursos 177/2013 y 159/2013) 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 28 de febrero de 2013

Para la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM 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, YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM (entre otros) fueron declaradas responsables 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 de dicha resolución,

  *"**FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A**. es considerada responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el 23 de enero de 1992, en cuanto que empresa sucesora de FIBRAS ALCALÁ, POLIALCALÁ S.A.U. y POLICASTILLA, y hasta el 16 de febrero de 2011, cuando presenta su solicitud de reducción. También es responsable solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L. desde 2001 (cuando el GRUPO COPO adquiere en el año 2001 la totalidad del capital de FLEXIPOL) hasta el 16 de febrero de 2011 (…).*

  ***YECFLEX, S.A.** es responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el 23 de enero de 1992 hasta el 26 de enero de 2010, fecha en la que se dio de baja en la Asociación (…)".*

Las sentencias que ahora se ejecutan obligan 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:

- Importe básico de la sanción. 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 pudieron aportar el correspondiente volumen de negocios en el mercado afectado para algunos años, se asignó como valor para esos años la media aritmética del periodo para el que había datos disponibles. Así mismo, para los ejercicios en los que la infracción no había abarcado la totalidad del año natural, se prorrateó la cifra de ventas considerando solo los meses de ese año afectados por la infracción. Sobre los volúmenes de negocios así calculados se aplicaron los correspondientes coeficientes temporales que establecía la comunicación en su párrafo (15). Dada la naturaleza de la infracción y su alcance, el Consejo de la CNC consideró que el tipo a aplicar al volumen de negocios en el mercado afectado para obtener el importe básico de la sanción debía ser del 10%.

- Atenuantes y agravantes. No se apreciaron atenuantes ni agravantes por parte de ninguna empresa.
- Límite del 10%. Por último, se comparó el importe básico de las sanciones propuestas con el límite legal máximo del 10% del volumen de negocios total de las empresas el año anterior a la sanción, como se indica en el artículo 63 de la LDC. En el caso de YECFLEX, el importe básico de la sanción era superior al límite legal máximo, por lo que la sanción se redujo hasta una cifra algo inferior al límite legal. En el caso de FLEXIPOL la sanción se fijó en el límite legal máximo del 10%. A COPOFOAM se le hizo responsable solidaria de la multa impuesta a FLEXIPOL hasta una cifra algo inferior al mencionado importe básico.

La determinación de la multa se resume por tanto en los siguientes datos:

	Volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción (€)	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Volumen de negocios total en 2012 (€)	Límite legal del 10% (€)	Multa Impuesta (€)
YECFLEX	15.367.423	10%	1.537.000	6.683.004	668.300	668.000
FLEXIPOL	26.410.975	10%	2.641.097	26.609.700	2.661.000	2.661.000

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional, firme, 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 2015[1]. 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 las empresas infractoras 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 generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción que acredita la resolución de 28 de febrero de 2013 (y confirman los Tribunales) de la que son responsables YECFLEX, FLEXIPOL y solidariamente su matriz COPOFOAM, 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 la facturación total de las mencionadas empresas en 2012.

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

Sobre estas premisas, 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 por parte de YECFLEX y FLEXIPOL, y solidariamente su matriz COPOFOAM, 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 reparto el mercado de espuma de poliuretano flexible para confort en España (art. 64.1.a). Este mercado, según el Consejo de la extinta CNC, tenía un exceso de capacidad abocado a un ajuste que la conducta había tratado de postergar en detrimento de la eficiencia.

En dicho mercado, las empresas imputadas aglutinaban 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) (art. 64.1.b).

> *"(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 (art. 64.1.c), 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.

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 (art. 64.1.d).

Por otra parte, ha quedado acreditado que los acuerdos de precios fueron implementados, afectando a la rivalidad de las empresas en el mercado y a la posición negociadora de los clientes. Así, en el FD primero de la resolución sancionadora original, 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 (folios1344 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. (art. 64.1.e)

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.

La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción, esta vez sin aplicar la ponderación decreciente establecida en la Comunicación de multas.

Empresas infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en el VNMA total (%)
YECFLEX	89.167.478	5,3
FLEXIPOL	90.342.000	5,4

Por último, la resolución original de la CNC no consideraba que existiera ninguna circunstancia agravante ni atenuante.

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o agravantes– 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 infractora.

Sobre tales premisas, el tipo sancionador que le corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella, se muestran en la tabla siguiente:

Empresa infractora	Tipo sancionador total (% del volumen de negocios total)	Sanción (€)
YECFLEX	5,3	354.199
FLEXIPOL	5,3	1.216.469

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *"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"*.

En efecto, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, lo que puede ocurrir cuando se trate de una entidad con una importante proporción de su actividad fuera del mercado afectado por la infracción. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental[2].

En el presente caso, las multas que les corresponde a FLEXIPOL y YECFLEX (1.216.469 y 354.199 euros, respectivamente), derivadas de los tipos sancionadores totales impuestos a cada una, son inferiores a los valores de referencia estimados para ellas. Por tanto, no hay riesgo de que esas sanciones en euros sean desproporcionadas a la efectiva dimensión de la infracción, y no resulta necesario ajustar la multa por motivos de proporcionalidad.

Las sanciones que corresponde imponer a ambas empresas son inferiores a las impuestas en la resolución original, por lo que no es de aplicación el principio de prohibición de *reformatio in peius*.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer a YECFLEX, FLEXIPOL y solidariamente su matriz COPOFOAM en ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de mayo y 11 de abril de 2017 (recursos 177/2013 y 159/2013), 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), las siguientes multas:

- A YECFLEX, S.A, 354.199 euros.

[2] 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. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España.

- A FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., 1.216.469 euros, y solidariamente a su matriz COPOFOAM, S.L., 1.207.326 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, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.