



Roj: **SAN 2907/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2907**

Id Cendoj: **28079230062018100322**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **628/2017**

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: 0000628 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05457/2017

Demandante: TORRES ESPIC, S.L.

Procurador: D. GUILLERMO GARCÍA SAN MIGUEL HOOVE

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 628/17 promovido por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, actuando en nombre y representación de **TORRES ESPIC, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2017, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que obliga a recalcular el importe de la sanción impuesta inicialmente a TORRES ESPIC, S.L por la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (Expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO). La sanción finalmente impuesta por la resolución recurrida asciende a 1.201.854 euros

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

" declare nula o anule la Resolución de 31 de Julio de 2017, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el Expediente nº VS/0342/11 ESPUMA POLIURETANO, anulando en consecuencia la sanción impuesta, y devolviendo con los intereses que legalmente procedan, las cantidades ya pagadas por mis mandantes para evitar la ejecución.

Subsidiariamente, reduzca la sanción impuesta a mi representada, aplicando el tipo sancionador más bajo de los establecidos a las otras empresas interesadas con la misma cuota de mercado que mi mandante, esto es, 5,3% de su volumen total de ventas en 2012, devolviendo a mi representada las cantidades pagadas en exceso con sus intereses.

Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada..."

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Mediante auto de 8 de enero de 2018, se denegó el recibimiento del pleito a prueba y una vez declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 27 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 27 de julio de 2017, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"...ÚNICO.- Imponer a TORRES ESPIC, S.L. y en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 y 24 de julio de 2014 (recursos 111/2013 , 147/2013 , 150/2013 y 176/2013), casadas por las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero , 12 , 16 y 25 de mayo de 2017 (recursos 3600/2014 , 3746/2014 , 3985/2014 y 3422/2014), 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), las siguientes multas:

- A TORRES ESPIC, S.L., 1.201.854 euros. "

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

Por Resolución de 28 de febrero de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el (Expte. S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO), 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.

Segundo.- Imponer a las empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas: 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.

Tercero.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 150/2013, concluyó mediante Sentencia de 23 de julio de 2014 , que estimó parcialmente el recurso interpuesto por TORRES ESPIC, S.L contra la Resolución de 28 de febrero de 2013, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenándose a la CNMC que la calculase de nuevo,



conforme a lo expuesto en su Fundamento Jurídico Séptimo, en el que acoge los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 27 de julio de 2017, ha impuesto una sanción de multa a TORRES ESPIC, S.L de 1.201.854 de euros, que es la que aquí se impugna.

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente comienza recordando que el Tribunal Supremo ordenó a la CNMC que recalculase la sanción impuesta a TORRES ESPIC, para que le aplicase la atenuante por la reducida cuota de mercado, sólo respecto de ella, no respecto de las demás empresas sancionadas.

Reconoce que esa aplicación extensiva no le perjudica pero ello determina a cada empresa tipos sancionadores distintos, entre el 5.3% de EUROESPUMA al 6,1% de Torres Espic

Entiende que para ejecutar la sentencia y llevarla a puro y debido efecto conforme el artículo 104.1 de la LJCA, lo que procedía era reducir el importe de la sanción solo a TORRES ESPIC aplicándole esa atenuante que no se había tenido en cuenta inicialmente.

Al extenderse los efectos de lo ordenado por el Tribunal Supremo únicamente para Torres Espic a otras empresas, la deja en peor condición que éstas, cuando ni siquiera eran parte en el procedimiento al que se refiere la sentencia que la CNMC tiene que cumplir.

En segundo lugar, denuncia que para afirmar que TORRES ESPIC tuvo una mayor participación en las conductas prohibidas la resolución impugnada parte de un falso silogismo: identificar el volumen total de negocios de cada empresa a lo largo de los años en que se produjeron los acuerdos prohibidos, con su cuota de participación en el cártel cuando ese modo de calcular el porcentaje de participación de cada una de estas empresas no se ajusta a un criterio lógico, porque no realiza una estimación de qué proporción de ese volumen de negocios está directamente relacionado con los acuerdos prohibidos, y cual no.

Critica que la resolución recurrida toma en consideración el volumen total de negocios en España, y no el referido a la venta de "bloques", esto es, de espuma de poliuretano para el confort, que es el mercado afectado.

En ese sentido, destaca que tiene una facturación distinta en el mercado afectado, respecto del total de su facturación por todos los productos vendidos en España y en el mundo. En 2012, en el mercado afectado tuvo una facturación de 6.308.509,08 €, mientras que la facturación por todos sus productos en España ascendía a 16.443.364,04 €, y en el mundo a 19.702.526,41 €, de acuerdo con la información en que se basó la CNMC para la aplicación del tipo sancionador, que en su día facilitó la actora.

A su juicio, la resolución impugnada no concreta qué parte de la facturación está directamente relacionada con el cártel ni qué parte de las ventas de las otras empresas estaba directamente relacionada con dicho cártel y al no haberlo hecho así, no está acreditada la mayor participación de TORRES ESPIC, con base a esos volúmenes de negocio.

Es más, para determinar el volumen de negocios, la CNMC se ha basado en meras conjeturas, pues si no disponía de datos de algún año, realizaba una media aritmética tomando como referencia los años de los que sí tenía datos.

Por último, sostiene que la resolución recurrida no concreta el "último ejercicio de ponderación" de la sanción a imponer con base al beneficio ilícito supuestamente obtenido, que no explica

TERCERO .- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda razona, con fundamento en la resolución impugnada en que se encuentra suficientemente motivada y que se ajusta al principio de proporcionalidad.

CUARTO.- La parte recurrente sostiene que la resolución es inmotivada. Sin embargo, su lectura revela la concreción práctica de cada uno de los criterios que contemplan los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007 , en atención a la singular participación de la recurrente en la conducta ilícita para fijar el importe de la sanción, como exige el Tribunal Supremo.

La resolución sancionadora comienza precisando 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 (esto es, 2012)

A partir de ahí, tiene en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 para obtener un tipo sancionador global, que después se aplica al volumen de ventas totales en el ejercicio anterior a la sanción para obtener la multa en euros.

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción:

"el mercado de espuma de poliuretano flexible para confort en España.."

b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables:

"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."

c) El alcance de la infracción:

"... 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 (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)."

Precisa también la resolución recurrida que "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. "

Añade que, " 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."

d) La duración de la infracción:

" Torres ESPIC es responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el 23 de enero de 1992, en cuanto empresa sucesora de ESPIC, S.L. y hasta el 16 de febrero de 2011."

e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los

consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos:

Al respecto, ya hemos destacado, como razonó la resolución sancionadora en su día, los incrementos de precio originado por el funcionamiento del cartel y su proyección en cascada a otras actividades económicas que utilizan el poliuretano.

A partir de los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 , la gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes según la resolución, consideración de la reducida cuota en el mercado relevante de acuerdo con la sentencia- la resolución recurrida ha concretado, 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 las empresas.

Una vez obtenido el tipo sancionador global, se procede a la concreción del tipo sancionador aplicable a cada una de ellas, atendida la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella, resultando un tipo del 6,1% para TORRES ESPIC.

Como vemos, la resolución sancionadora indica, de conformidad con el art. 64 de la Ley 15/2007 , los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador, aunque no precise en cada uno de ellos el peso que se le da

a la hora de determinarlo, sin que ello se traduzca en falta de motivación, pues, 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)."*

Seguidamente, se procede a la individualización de las sanciones, en función del volumen de negocio en el mercado afectado de cada empresa y su cuota de participación en la conducta, que aparecen reflejados en una tabla en la Resolución recurrida, según la cual, a cuota de participación de TORRES ESPIC en el mercado afectado por la infracción fue del 19,1%.

QUINTO.- La parte recurrente sostiene que la resolución impugnada ha infringido los arts 103.2 y 104.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque la atenuante relativa a la reducida cuota de mercado relevante solo se reconoce en la sentencia que anuló la sanción inicialmente impuesta a TORRES ESPIC.

Sin embargo, no apreciamos infracción de los preceptos de la Ley Jurisdiccional que obligan a ejecutar las sentencias en los estrictos términos que de ellas resultan, pues todas las sanciones impuestas a las empresas integrantes del cartel fueron recurridas, anuladas y, en relación a ellas el Tribunal Supremo ordenó el recálculo de su importe con arreglo a los criterios de los arts 63 y 64 de la Ley 15/2007.

A partir de ahí, nada impide aplicar un criterio objetivo como es la circunstancia de una reducida cuota de participación en el mercado relevante para aplicarla a todas las sancionadas si esa misma circunstancia concurre en ellas. La nueva resolución sancionadora debe ajustarse al principio de proporcionalidad respecto de TORRES ESPIC pero debe ser coherente con el criterio que aplica a las demás empresas, de ahí que a la hora de efectuar el recálculo se tenga en cuenta ese criterio para aquellas en las que concurra pues, en otro caso, las multas a empresas del mismo expediente no resultarían coherentes entre sí por desproporcionadas. Por esa razón, la resolución recurrida dice que *"en ese mismo intervalo (0-10%) de la cuota en el mercado relevante se encuentran las otras tres empresas objeto de recálculo en este expediente"*.

Ahora bien, el que a todas ellas se les aplicase la misma reducción por esta circunstancia atenuante, consecuencia de su reducida cuota en el mercado relevante (que es el que incluye a las empresas que no formaban parte del cártel), no impide que los tipos sancionadores aplicados a cada una sean distintos.

Efectivamente, TORRES ESPIC es la empresa que ostenta la segunda mayor participación en la infracción después de RECTICEL (ésta tiene entre un 20 y un 30% del mercado afectado), ya que su volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta supone el 19,5% del volumen de negocios total en el mercado afectado (sumando el de todas las empresas que forman parte del cártel), por ello, el reproche sancionador que merece es mayor que en el caso de otras empresas con una cuota similar en el mercado relevante (que es el que incluye a empresas que no formaban parte del cártel).

Todas las demás infractoras con una cuota en el mercado relevante menor del 10% tienen una participación en el cártel inferior a la de TORRES ESPIC (19,5%), caso de ESINCA (1,0%), EUROESPUMA (1,5%) FLEXIPOL (5,4%) INTERLASP (10,7%), etc.

Por lo tanto, una cosa es que la atenuante se aplique a todas las empresas que tienen una cuota reducida en el mercado relevante -según el criterio del Tribunal Supremo (alrededor del 10%) y otra que debido al diferente grado de participación de las empresas en la infracción, el tipo sancionador de TORRES ESPIC deba seguir siendo superior al de otras infractoras. Por esa razón, no cabe como pretende subsidiariamente la actora, *"reducir la sanción que le ha sido impuesta, aplicando el tipo sancionador más bajo de los establecidos a las otras empresas"* pues su tipo sancionador debe necesariamente ser superior.

SEXTO. - En segundo lugar, la actora critica que la resolución recurrida aplica los volúmenes totales de ventas de todos sus productos en España cuando el mercado afectado es la espuma de poliuretano para el confort, lo que denomina bloques.

Sin embargo, conviene recordar que TORRES ESPIC -en respuesta al requerimiento de información sobre el volumen de negocios en el mercado afectado- aportó, por un lado, el volumen de negocios en el mercado de "bloques" (bloques de poliuretano) y por otro, el resto de su volumen de negocios, con la pretensión de que se utilizase únicamente el primero como volumen de negocios en el mercado afectado.

La actividad de la recurrente, según su página web, consiste en la fabricación de bloques de poliuretano que luego transforman en piezas de diferentes formas y medidas para adaptarlo a los encargos de sus clientes.



La recurrente no realiza otra actividad que no consista en la fabricación o transformación de espuma de poliuretano destinada al confort. Lo explica del siguiente modo:

"Nuestro primer paso es la fabricación en continuo de la espuma de poliuretano flexible. Completamos el proceso con el óptimo curado de la espuma en el tiempo adecuado y posterior almacenaje de los bloques largos. Todo este proceso se genera con un altísimo grado de tecnología y automatización que mantiene unos altos estándares de calidad en el producto.

Procesamos los bloques de espuma de PU en diferentes formas y medidas adaptándonos a las necesidades del cliente, con tecnología de laminado, centros de corte por control numérico, corte tridimensional, etc."

Por tanto, toda su actividad se encuentra dentro del mercado afectado según ha sido definido en la Resolución, correspondiente a la fabricación y distribución de espuma de poliuretano para el confort, sin que pueda reducirse a la actividad de producción de bloques la relevante, a efectos de cuantificar el volumen de negocios en el mercado afectado.

SÉPTIMO.- A la hora de determinar el grado de participación en la conducta prohibida, sostiene la actora que hay que distinguir entre la empresa que opera tan solo el mercado de la espuma de poliuretano para el confort con unas cifras de negocio más modestas, que otra que operase también la fabricación y venta de espuma para otros fines, sin embargo, la primera depende más del cartel y su grado de participación en la conducta prohibida resultaría mayor.

Tal planteamiento debe matizarse porque el grado de participación en la conducta depende de la efectiva dimensión de la infracción, vinculada al volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado durante la infracción, independientemente del volumen de negocios que generen en otros mercados. La empresa con un mayor volumen de negocios en el mercado afectado debe considerarse que ha tenido una mayor participación en la infracción sea cual fuera su volumen total de facturación, sin perjuicio de la posible concurrencia de circunstancias agravantes, como por ejemplo, la actuación de alguna de las empresas del cartel como responsable o instigador de la infracción (art. 64.2.b de la LDC) o la adopción por parte de alguna de las infractoras de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas (art. 64.2.c de la LDC).

OCTAVO.- Denuncia también la recurrente que para determinar el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) la CNMC se ha basado en meras conjeturas, pues cuando no disponía de datos de algún año, realizaba una media aritmética tomando como referencia los años de los que tenía datos.

Lo cierto es que TORRES ESPIC no aportó cuando fue requerida para ello, los datos de volumen de negocio en el mercado afectado de los años anteriores a 2007, por lo que la CNMC realizó una estimación de los datos de la facturación en el mercado afectado basada en los que sí aportó la empresa (años 2007 a 2011), aplicando la media aritmética de los años con datos disponibles a los años para los que la empresa no había aportado datos.

Esta solución fue la utilizada para todas las empresas de este expediente que no aportaron datos de algunos años para los que se había acreditado su conducta anticompetitiva, como se explicó en la resolución original, y no fue un aspecto cuestionado por la sentencia que obligaba a recalcular la sanción.

La recurrente sostiene que, como no contaba con los datos anteriores a 2007 y no los pudo aportar, la CNMC debía haber acudido al Registro Mercantil o a las declaraciones tributarias de TORRES ESPIC.

Sin embargo, como estos datos de 2001-2007 ni el método de proyección empleado fueron cuestionados en la sentencia de la AN el recálculo de la sanción, debe limitarse a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo, en base a los hechos acreditados y a los datos utilizados en la Resolución original.

Por la misma razón, no puede tomarse en consideración los datos de ventas de la actora consignados en un informe pericial que se aportó con la demanda porque esos datos no fueron analizados en la sentencia inicial y el recálculo de la sanción se realiza sobre los datos tomados en consideración por la sentencia.

NOVENO.- Finalmente, la recurrente denuncia que la resolución recurrida no concreta el "último ejercicio de ponderación" de la sanción a imponer con base al beneficio ilícito supuestamente obtenido, que no explica.

En realidad, la resolución recurrida explica que la aplicación del volumen de negocios total como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada empresa, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, que se basa en el beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta ilícita en el mercado afectado.

Esto es especialmente necesario en aquellas empresas que realizan otras actividades al margen del negocio afectado y que podrían verse afectadas desfavorablemente por la aplicación de ese criterio.



La determinación del beneficio ilícito obtenido por la realización de la infracción a partir de datos como 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 opera como límite de proporcionalidad que la multa resultante de aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa sancionada no puede superar.

En el caso de la recurrente, la sanción resultante de aplicar al volumen de negocios total el tipo de sancionador que le corresponde por la gravedad de la infracción y por su participación en ella, que es de 1.201.854 euros, es muy inferior del límite de proporcionalidad estimado para la empresa, a partir de su volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (en torno a los 24 millones de euros, a partir de un volumen de negocios en el mercado afectado de más de 327 millones de euros), por lo que la sanción impuesta no resulta desproporcionada, y por esa razón no era necesario aplicar ese límite de proporcionalidad y rebajar la sanción que resultaba inferior a la inicialmente establecida.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

DÉCIMO.- 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.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, actuando en nombre y representación de **TORRES ESPIC, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2017, que en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que obligaba a recalcular el importe de la sanción impuesta inicialmente a TORRES ESPIC, S.L por la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (*Expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO*) impuso finalmente la sanción de 1.201.854 euros, resolución que declaramos conforme a derecho.

2.-. Procede imponer las 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 contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá 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.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 03/07/2018 doy fe.