



Roj: **SAN 2590/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2590**

Id Cendoj: **28079230062018100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **687/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000687 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06034/2017

Demandante: EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTETICAS, S.A.

Procurador: D. VÍCTOR VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 687/2017, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Víctor Venturini Medina, en nombre y en representación de la mercantil EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTETICAS, S.A., contra la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0342/11 (Espuma de Poliuretano) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 25 de mayo de 2017 que resuelve el recurso de casación nº 3600/2014 interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6^a) de 24 de julio de 2014 acordando la nulidad de la Resolución de 28 de febrero de 2013 dictada por la CNC en cuanto

a la multa y ordenando la cuantificación de esta en los términos expuestos en sus fundamentos jurídicos. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... dicte sentencia por la que anule la citada Resolución de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de este escrito; subsidiariamente, reduzca el importe de la multa en aplicación del principio de proporcionalidad, todo ello de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de este escrito".

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

TERCERO. - Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 6 de junio de 2018 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., impugna la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0342/11 (Espuma de Poliuretano) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 25 de mayo de 2017 que resuelve el recurso de casación nº 3600/2014 interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 24 de julio de 2014 acordando la nulidad de la Resolución de 28 de febrero de 2013 dictada por la CNC en cuanto a la multa y ordenando la cuantificación de esta en los términos expuestos en sus fundamentos jurídicos.

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 28 de febrero de 2013 resolución, en el expediente S/0342/11 (Espuma de Poliuretano), en la que 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, entre otras, EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, 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:

(...)

- Un millón cuarenta y seis mil euros (1.046.000€) a EUROSPUMA SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A."

b) Respecto de la mercantil EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., la anterior resolución de la CNC declara que es responsable de la infracción por su participación en las conductas desde al menos el 19 de julio del año 2000 hasta el 16 de febrero de 2011.

c) Dicha resolución se notificó a la mercantil ahora recurrente quien interpuso frente a la misma recurso contencioso-administrativo. Y la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2014 (rec. nº 11/2013) estimando parcialmente el recurso en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra dicha sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de casación que se resolvió mediante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (recurso de casación nº 3600/2014) que acordó la nulidad de la Resolución de 28 de febrero de 2013 sólo en cuanto a la multa y ordenó que se cuantificase la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, realizó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015. Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 25 de mayo de 2017 declaró:

"La sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2015), que cita la parte recurrida, reiterada por numerosas otras posteriores, rechazó el primer grupo de argumentos del Abogado del Estado, que defienden la

conformidad con los artículos 63 y 64 LDC de la metodología para la cuantificación de las sanciones, detallada en la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 (BOE 11 de febrero de 2009).

Como señalábamos en la citada sentencia, la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugna la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, a esta cifra se aplica ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, y solo en una tercera fase se ajusta -cuando proceda- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC, lo que implica, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC, que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Sin embargo, el motivo debe prosperar en lo que se refiere a la limitación que efectúa la sentencia a la facturación de la empresa recurrente respecto del mercado afectado, en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, que en este caso es el ejercicio 2012, pues como sostiene el Abogado del Estado, las referencias que efectúa el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción. Así resulta del criterio jurisprudencial de esta Sala expresado en la repetida sentencia de 29 de enero de 2015 y posteriores, que señalan que «compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica».

Y añade la sentencia que seguimos que «l a expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), 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».

De conformidad con lo anterior, procede la estimación del recurso del Abogado del Estado, tan sólo en lo que se refiere a la interpretación reductora que la sentencia recurrida ha hecho de la expresión de "volumen total de negocios" del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, que estimó aplicable en el presente caso".

d) Y en ejecución de dicha sentencia la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil ahora recurrente con multa por importe de 933.110 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se cuestiona el importe de la multa así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando así la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

Por otra parte, invoca que se le ha causado indefensión por cuanto no se le ha dado trámite de alegaciones en la determinación de la nueva cuantía de la multa.

CUARTO.- Esta Sección anticipa la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

Respecto a la alegación que realiza la recurrente en relación con la necesidad de otorgar trámite de audiencia para la determinación del nuevo importe de la multa entendemos que no es preciso porque se ha determinado en ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo que ordena a la CNMC que dicte una nueva resolución acomodando el importe de la multa a los criterios que resultan de dicha sentencia. No puede pretenderse por la parte recurrente que deba tramitarse un nuevo procedimiento sancionador, con los tramites que se recogen a partir del artículo 49 de la LDC, cuando se trata no de imponer una sanción sino de ejecutar una sentencia del Tribunal Supremo debiéndose realizar solo la adaptación del importe de la multa a los criterios señalados por el Tribunal Supremo.

Por otra parte, debemos resaltar que esta misma cuestión ya se ha resuelto por esta Sección en sentido desestimatorio a las pretensiones de la recurrente en la sentencia dictada en fecha 16 de diciembre de 2016 en el recurso nº 479/2014 cuyos fundamentos jurídicos ahora acogemos por razones de unidad de criterio y de seguridad jurídica. En dicha sentencia decíamos:

"Pues bien, para que la omisión del trámite de audiencia determine la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador es preciso que la misma haya generado indefensión al afectado, indefensión que ha de ser real y efectiva y no meramente aparental.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm. 7668/1999, "Determinadas sentencias del Tribunal Supremo relativizan este radical efecto y descartan que la falta de audiencia conlleve ineludiblemente la anulación del acto impugnado, sino que se precisa en cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 la existencia de indefensión (entre otras las de 13 de octubre de 2000, 16 de julio del año 2001 y 21 de mayo del 2002)".

Se remite en ella a lo razonado en la de 20 de octubre de 2004, en la que se dice que "la Administración ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuando proceda - artículo 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado", añadiendo que "del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo)" (hoy , 84 LRJPA). Por ello "... debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es un trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia mira a la completa y eficaz defensa del interesado (artículo 24 CE), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado artículo 91 LPA (hoy, 84 LRJPA), a los fines de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer".

Y alude asimismo a lo resuelto en la de 30 de septiembre de 2004, la cual "recuerda el apartado 4 del artículo 84, que permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Sin embargo la resolución recurrida "tomaba en cuenta" hechos, alegaciones y pruebas precisamente contrarios a los aducidos por el interesado. Sostiene esta sentencia que no toda omisión del trámite de audiencia genera por sí sola indefensión, sin embargo," (...) En el mismo sentido la sentencia de 12-12-2001 sostiene que el incumplimiento del trámite de audiencia no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar. "En este sentido, ni el artículo 105 de la Constitución Española contempla la "audiencia del interesado" como un trámite inexorable, sino sólo "cuando proceda", ni el artículo 84 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. lo preceptúa como forzoso, contrariamente, dicho precepto expresamente admite la posibilidad de prescindir de él. Por tanto, habrá de estarse a las circunstancias del caso contemplado y decidido, para determinar el alcance de su omisión. Desde esta perspectiva, es evidente que el demandante no ha puesto en el recurso de relieve la indefensión material que de esta circunstancia, la falta de audiencia, se le ha derivado. Se ha limitado a alegar la infracción del principio de audiencia pero sin poner de relieve el alcance material que de dicha omisión se ha derivado".

En el supuesto analizado, la mera invocación del derecho a la audiencia resulta, a la vista de la jurisprudencia descrita, insuficiente para determinar la nulidad de pleno derecho que postula la recurrente, nulidad que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva conforme a constantes pronunciamientos del Tribunal Supremo que, por conocidos, resulta ocioso reiterar aquí.

Y es que no puede desconocerse el estrecho ámbito que cabía al pronunciamiento de la CNMC, limitado necesariamente a la ejecución de lo acordado en la sentencia de esta Sala".

En el caso analizado los datos fácticos a tomar en consideración para cuantificar la sanción -volumen de negocios de la entidad actora- verdadero elemento nuclear de la nueva decisión por imperativo de la citada sentencia, no solo eran conocidos por la actora, sino que fueron aportados por la misma a requerimiento de la Comisión y, de hecho, fueron los proporcionados los que se tuvieron finalmente en cuenta para dictar el acuerdo impugnado.

Todo ello evidencia que no ha existido la pretendida indefensión, ni menos aún con el alcance que requiere el supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Pero tampoco se ha producido una vulneración que pudiera determinar su anulabilidad por razón del artículo 63.1, pues no se advierte en qué modo se han vulnerado los artículos 41 y 42 de la Ley de Defensa de la Competencia a los que se remite la recurrente.

Téngase en cuenta, en fin, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4 de la misma Ley 30/1992 , "Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado" , lo que sin duda

ha sucedido en este supuesto en el que la decisión que se recurre no toma en consideración otros datos que los que proporcionó la misma recurrente.

Por lo tanto, ninguna indefensión se le ha ocasionado y también debe rechazarse este motivo de nulidad.

QUINTO.- Corresponde ahora examinar si la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia que ejecuta.

La CNMC, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"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".*

- *"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 alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".*

- *"Sobre la base de estas premisas, cabe deducir 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 inmediatamente anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011).*

- *"Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC".*

- *"... 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 (...)"*.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

En cuanto a la motivación insuficiente referida por la recurrente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica *"Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0342/11)"*.

La resolución ahora impugnada destaca que en la resolución anterior de 28 de febrero de 2013, y que ha confirmado tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, a las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2012). Y en este sentido, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2012, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y es en este punto también explícita la resolución cuando tiene en cuenta los criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2012 -con el límite citado del 10%- . Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Y en este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza cada uno de los criterios referidos en el artículo 64.1 de la LDC. Así, respecto del mercado afectado y de sus características se especifica en la resolución impugnada que el mercado afectado por la conducta (mercado de espuma de poliuretano flexible para confort) tiene un exceso de capacidad abocado a un ajuste que la conducta ha tratado de postergar en detrimento de la eficiencia. Y se añade que *"en dicho mercado, 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 de un 90% durante la infracción)" . Asimismo, en la resolución que ahora revisamos se destaca la cuota de mercado de cada una de las empresas responsables al señalar que: *"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)"* . Y se añade que de acuerdo con la información aportada por las empresas 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%).

En lo que afecta al ámbito geográfico afectado por la conducta, se especifica que 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.

Por otra parte, se añade 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"* . Y la duración de la conducta infractora también se individualiza (desde julio de 2000 hasta febrero de 2011, para la recurrente).

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

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa por muy poco por encima de la media del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA) de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente EUROESPUMA el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 24.869.606 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción se fijó en el 1,5%.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2012 el tipo sancionador que en el caso de la recurrente ha sido del 5,3%, y ello ha determinado una sanción por importe de 933.110 euros.

Y, en definitiva, los tipos sancionadores se van haciendo mayores para aquellas empresas con una participación mayor en la infracción, y el tipo sancionador de EUROSPUMA fue, como puede observarse, el menor de las empresas objeto de recalcuro.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

E incluso, la CNMC considera que es innecesario realizar ningún ajuste de ponderación de la proporcionalidad de la sanción atendiendo, en su caso, a la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, ya que la sanción impuesta se encuentra significativamente

por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con

sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Y en el caso de EUROSPUMA, no parece que pueda afirmarse en ningún caso que la utilización de un tipo sancionador del 5,3%, situado prácticamente en el punto medio del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, sea desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. Igualmente, una sanción de 933.110 euros no parece que pueda considerarse desproporcionada para un volumen de negocios de EUROSPUMA en el mercado afectado por la infracción de 24.869.606 euros a lo largo de toda la duración de la infracción.

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 687/2017, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Víctor Venturini Medina, en nombre y en representación de la mercantil EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTETICAS, S.A., contra la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0342/11 (Espuma de Poliuretano) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 25 de mayo de 2017 que resuelve el recurso de casación nº 3600/2014 interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 24 de julio de 2014 acordando la nulidad de la Resolución de 28 de febrero de 2013 dictada por la CNC en cuanto a la multa y ordenando la cuantificación de esta en los términos expuestos en sus fundamentos jurídicos y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 02/07/2018 doy fe.