



Roj: **SAN 2586/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2586**

Id Cendoj: **28079230062018100303**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/06/2018**

Nº de Recurso: **623/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000623 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05426/2017

Demandante: INTERPLASP, S.L

Procurador: D. JORGE DELEITO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 623/17 promovido por el Procurador D. Jorge Deleito García en nombre y representación de **INTERPLASP, S.L**, contra la resolución de 27 de julio de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 450.863 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 en su día sentencia estimatoria por la que se declare:

a) *Que la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 27/07/2017, dictada en ejecución de la sentencia del TS de fecha 30/01/2017 no es conforme a derecho, ordenando su anulación.*

b) *Que como consecuencia de lo anterior, no procede la retroacción de las actuaciones al objeto de que se pueda dictar otra resolución fijando el importe de la multa.*

c) *Y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada".*

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 23 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 27 de julio de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 450.863 euros. La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente VS/0342/11 *Espuma de Poliuretano*, era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO.- Imponer a EUROSPUMA -SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., INTERPLASP, S.L., TORRES ESPIC, S.L. y TEPOL S.A. 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 INTERPLASP, S.L., 450.863 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:

1 -. Con fecha 28 de febrero de 2013 el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la cual se acordaba lo siguiente:

"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:

(...)

- Ochocientos cinco mil euros (805.000€) a INTERPLASP, S.L.

(...)

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

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 147/13, concluyó por sentencia de 24 de julio de 2014 en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

" ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por INTERPLASP, S.L., contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013, y en consecuencia, anulamos la misma exclusivamente en lo relativo a la cuantía de la multa impuesta que deberá reducirse con arreglo a lo declarado en el fundamento jurídico 8º de esta sentencia, desestimando el recurso en todo lo demás".

3.- Contra esta sentencia presentó el Abogado del Estado recurso de casación -número 3746/2014 -, que fue resuelto por sentencia de 30 de enero de 2017 en la cual se acordaba:

"Declarar, haber lugar al presente recurso de casación número 3746/2014, interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado, contra la sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 147/2013 , que se anula en lo que se refiere a la interpretación que la Sala de instancia hace de la expresión "volumen de negocios total". Procede mantener la estimación parcial del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal INTERPLASP S.L., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013 (S/0342/11 Espuma de Poliuretano), que anulamos por su desconformidad a derecho, en el único extremo referido a la cuantificación de la multa, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de las multas debidamente motivados, con exclusiva referencia al volumen de negocios total de INTERPLASP S.L. en el año 2012, en el sentido indicado en el FJ Cuarto de esta sentencia, confirmando la citada resolución en todo lo demás".

4.- En ejecución de dicha sentencia la CNMC solicitó a INTERPLASP el 31 de enero de 2013 le informase sobre el volumen de negocios consolidado del grupo al que pertenecen antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados en el año 2012, requerimiento que fue atendido con fecha 8 de febrero siguiente indicando que el volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, en el año 2012, ascendió a 8.051.120,04 € en el mundo y a 7.635.975,50 € en España.

5.- Con fecha 27 de julio de 2017 la Sala de Competencia dictó resolución, contra la cual presentó la interesada el recurso contencioso-administrativo con el que se inició este proceso.

SEGUNDO.- En su demanda, cuestiona la recurrente la suficiencia de la motivación de la resolución impugnada y critica que la resolución fije "... tipos sancionadores distintos sin explicación de los mismos y que van desde el 5,3% al 6,1%".

Ello le lleva a suponer que la CNMC sigue aplicando la Comunicación sobre cuantificación de sanciones de 6 de febrero de 2009 pese a haber sido ésta declarada contraria al ordenamiento jurídico en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

Denuncia que la multa impuesta resulta desproporcionada y vulnera los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , además de no ceñirse a la concreta situación de la entidad sancionada por utilizar criterios genéricos. Y supone que todas estas infracciones deberían acarrear la anulación de la multa sin que sea posible la retroacción de actuaciones por aplicación de la jurisprudencia existente sobre procedimientos tributarios a la que se remite y que considera aplicable por analogía.

TERCERO .- Frente a tales argumentos, ha de decirse ya en primer término que, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC , la resolución parte de los criterios interpretativos que, acerca de esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona precisamente la 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". 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".

A continuación, deduce 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), y que, dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 .

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.

CUARTO .- En cuanto a la motivación insuficiente, 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)* , los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción.

En efecto, se indica que el porcentaje sancionador debe determinarse sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC , y precisa que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y de reparto del mercado de espuma de poliuretano flexible para confort en España.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado al constatar que las empresas imputadas aglutinan la práctica totalidad de la oferta del producto en España, con una participación en el mismo por parte de las empresas infractoras de, aproximadamente, el 90%.

De igual modo, se pondera la especialidad del producto del que se dice que es un producto intermedio con múltiples aplicaciones, lo que determina que los incrementos de precios acordados pudieran trasladarse en cascada a las actividades económicas que lo utilizan como factor necesario.

Incluye la resolución una referencia al sistema de vigilancia articulado por los miembros del cártel con el fin de asegurarse de que ninguna de las entidades infractoras pudiera incumplir los términos de los acuerdos alcanzados, así como a que las empresas integrantes de aquel eran conscientes del riesgo que corrían si la autoridad de competencia conocía sus conductas.

Y se pronuncia sobre la concurrencia de atenuantes y agravantes, en particular valora el que el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de mayo de 2017 , instara a la aplicación de la atenuante del artículo 64.1.b) de la LDC en relación a la entidad TORRES EPIC, lo que lleva a la CNMC a extender, también a la ahora demandante, la misma reducción del tipo sancionador.

Finalmente, las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la reducida cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 5,6%.

Sobre este porcentaje advierte de la necesidad de comprobar si la proporcionalidad de la sanción impone alguna corrección en razón al beneficio ilícito que la entidad podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos prudentes que referencia a datos obtenidos de las propias empresas o de bases de datos públicos referidos al mercado relevante, como los ratios sectoriales de las sociedades no financiadas del Banco de España; comprobación que le permite concluir que las multas impuestas "... están muy lejos de los límites de proporcionalidad estimados para cada una, por lo que en ningún caso es necesario reducir la sanción por motivos de proporcionalidad".

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste INTERPLASP en su demanda.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003 ,

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por

el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

En el caso que nos ocupa, entendemos que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo sin que se justifique que, como afirma la demandante, la CNMC haya aplicado nuevamente la Comunicación sobre cuantificación de sanciones de 6 de febrero de 2009, pues el camino seguido para concretar la cuantía es bien distinto. Y la determinación del tipo sancionador en un 5,3% para el caso concreto de la recurrente tiene un apoyo en todas esas consideraciones que expresa la resolución sin que pueda desconocerse que, dentro del límite porcentual que marca la Ley, corresponda a la Comisión concretar aquel porcentaje siempre que su decisión, insistimos, cuente con una motivación bastante.

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, 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)."

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la demandante, por lo que su recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- En aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la entidad actora.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido el Procurador D. Jorge Deleito García en nombre y representación de **INTERPLASP, S.L.**, contra la resolución de 27 de julio de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 450.863 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que se declara ajustada a Derecho

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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 29/06/2018 doy fe.