



Roj: **SAN 3219/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3219**

Id Cendoj: **28079230062017100257**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **159/2013**

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: 0000159 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01726/2013

Demandante: FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., Y DE SU MATRIZ, COPO FOAM, S.L.

Procurador: D^a MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RECTICEL, S.A. Y RECTICEL IBÉRICA, S.L.V.

Abogado Del Estado

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

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. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a once de julio de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 159/13 promovido por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez en nombre y representación de **FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A.**, y de su matriz, **COPO FOAM, S.L.**, contra la resolución de 28 de febrero de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.661.000 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; y han intervenido como codemandadas RECTICEL, S.A. y RECTICEL IBÉRICA, S.L.V., representadas por el Procurador D. Fernando Álvarez Wiese.



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 cual acuerde anular "... por ser contraria a derecho, la resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 dictada en el expediente NUM000 Espuma de Poliuretano, con expresa condena en costas a la Administración".

Subsidiariamente suplica, "para el caso de que no anule en su totalidad la resolución recurrida, estime el presente recurso parcialmente en cuanto a:

"(i) La no concesión de una reducción de multa en virtud del artículo 66 LDC a mis mandantes, declarando el derecho de mis mandantes a obtener tal reducción y reduciendo la multa impuesta a mis mandantes en el porcentaje máximo del 30% contemplado en el artículo 66.2.b) de LDC o subsidiariamente en aquel porcentaje que la sala considere justo, respetando el porcentaje mínimo del 20% de reducción; y/o

(ii) la no aplicación de una circunstancia atenuante por colaboración de un 15%, al amparo de lo estipulado en el artículo 64.3.d) LDC a mis mandantes, reduciendo la multa impuesta a misma mandantes en el porcentaje del 15% en virtud de la aplicación d una circunstancia atenuante contemplada en el artículo 64.3 LDC (pudiéndose acumular la reducción prevista en (i) con la reducción prevista en (ii) en virtud LDC); y/o

(iii) la aplicación en el tiempo de la resolución recurrida con respecto a mis mandantes, en virtud del artículo 68 LDC , declarando que mis mandantes solamente cometieron la infracción a partir de 2004 estando prescritas las conductas anteriores, calculando la multa resultante consecuentemente solo en relación con las cifras de venta afectadas a partir del año 2004; y/o

(iv) el cálculo de la multa impuesta a mis mandantes, al amparo de los artículos 63 y 64 LDC , declarando que el cómputo del cifra de ventas a los efectos del cálculo de la multa debe excluir las cifra de ventas de mis mandantes que obedecen a los siguientes conceptos, desglosados al Anexo 1 al presente escrito de demanda: ventas de espumas moldeadas, ventas de espumas para calzados (...) ventas a Flex; y/o declarando que el importe final de la multa se reduzca de tal forma que ya no sea exorbitante y que el tope máximo sea inferior a 2.661.000 euros en vista del procedimiento paralelo por los efectos en Portugal del mismo cártel cuya resolución final obra al Anexo 3".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y las entidades codemandadas contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos 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 10 de mayo de 2017, en que tuvo lugar, si bien la deliberación del asunto se prolongó a sucesivas sesiones de 24 de mayo y 7 y 21 de junio.

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 28 de febrero de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.661.000 euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la Ley Defensa de la Competencia y 101 del TFUE .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente NUM000 Espuma de Poliuretano , era del siguiente tenor literal:

"**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 (...) FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L., (...) 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 euros.



TERCERO. Declarar que RECTICEL IBÉRICA, S.L. y su matriz RECTICEL, S.A. reúnen los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que les corresponde por su participación en la conducta infractora.

CUARTO. Declarar que FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. reúne los requisitos del artículo 66 LDC y, en consecuencia, aplicarle una reducción del 40% importe de la multa, lo que supone que les corresponde pagar una sanción de cuatro millones quinientos veinte y un mil euros (4.521.000€).

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

Antes de analizar la legalidad de dicha resolución, ha de advertirse que son varias las sentencias dictadas por esta Sección en procedimientos en los que se cuestionaba la misma resolución.

Tales sentencias son las siguientes:

- Sentencia de 14 Mar. 2014, rec. 153/2013 , recurrente Cordex SGPS y Flex 2000 Productos Flexiveis S.A.
- Sentencia de 29 Jul. 2014, rec. 172/2013 , recurrente PAGOLA POLIURETANOS SA.
- Sentencia de 23 Jul. 2014, rec. 150/2013 , recurrente Torres Espic SL.
- Sentencia de 23 Jul. 2014, rec. 176/2013 , recurrente Tepol SA.
- Sentencia de 24 Jul. 2014, rec. 147/2013 , recurrente INTERPLASP, S.L.
- Sentencia de 30 de mayo de 2017, rec. 177/2013 , recurrente YECFLEX, S.L.

A su vez, el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias, de 5 Feb. 2015, Rec. 1567/2014 , y de 30 Ene. 2017, Rec. 3746/2014 , que han estimado en parte los recursos de casación interpuestos frente a las dictadas por esta Audiencia Nacional, de 14 de marzo de 2014 (recurso núm. 153/2013) y de 24 de julio de 2014 (recurso núm. 147/2013), respectivamente, antes citadas.

Estos pronunciamientos han definido ya, de modo firme, una base fáctica que ha de tomarse como necesaria referencia también en el supuesto que ahora analizamos.

De este modo, los antecedentes que deben considerarse para resolver el litigio, y que se describen en la resolución recurrida, pueden resumirse del siguiente modo son los siguientes:

1. El 9 de agosto de 2010 la mercantil RECTICEL, S.A., presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC , que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , consistente en un acuerdo para la fijación de precios y el control de la producción de la espuma flexible de poliuretano en el mercado nacional. Esta solicitud ofrecía información y prueba sobre los elementos esenciales de la infracción, aportando información complementaria en fechas posteriores.
2. El 10 de septiembre de 2010 FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. (FLEX 2000) presentó también una solicitud de exención a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC . Solicitud que fue, igualmente, ampliada con información complementaria.
3. El 15 de febrero de 2011 la Dirección de Investigación (DI) concedió la exención condicional a RECTICEL, S.A. y sus filiales, incluyendo RECTICEL IBÉRICA, S.A. (RECTICEL), en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC , por haber sido la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la misma Dirección, le permitía ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la citada solicitud. El mismo día notificó a FLEX 2000 el rechazo de su solicitud de exención por no cumplirse las condiciones del artículo 65.1 de la LDC y, teniendo en cuenta que subsidiariamente interesaba que su solicitud fuese considerada a efectos del artículo 66 de la LDC , la DI acordó examinar la información y los elementos de prueba presentados por FLEX 2000 en dicha solicitud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LDC .
4. El 16 de febrero de 2011 la CNC realizó inspecciones simultáneas en las sedes de ESINCA S.L. (ESINCA), INTERPLASP, S.L. (INTERPLASP), PAGOLA POLIURETANOS, S.A. (PAGOLA), TEPOL, S.A. (TEPOL) y TORRES ESPIC, S.L. (TORRES ESPIC), de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 de la LDC y, a requerimiento de la DI y de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, la Autoridad de Competencia portuguesa procedió a llevar a cabo inspecciones en las sedes de EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. (EUROSPUMA), FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. (FLEXIPOL) y FLEX 2000.



5. El 13 de abril la DI acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 Espuma de Poliuretano, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 , artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE , por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de mercado y la fijación de precios en el mercado de la fabricación y distribución de espuma de poliuretano en el territorio nacional, contra ESINCA S.L., EUROSPUMA-SOCIEDAD INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEX 2000-PRODUCTOS FLEXÍVEIS, S.A., INTERPLAS S.L., PAGOLA POLIURETANOS, S.A., RECTICEL IBÉRICA, S.A., TEPO S.A., TORRES ESPIC, S.L., YECFLEX, S.A. y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE POLIURETANO (ASEPUR).

6. Con fecha 25 de abril de 2011 COPOFOAM, S.L., en beneficio de la citada empresa y de aquellas que controla directa o indirectamente, en particular, de la ahora recurrente FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A (FLEXIPOL), solicitó la exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC . Esta solicitud, acompañada de documentación anexa, fue completada posteriormente.

7. Con fecha 16 de mayo de 2011, la DI acordó rechazar la solicitud de exención presentada por FLEXIPOL si bien, teniendo en cuenta que en dicha solicitud, subsidiariamente, solicitaba que ésta fuera considerada como una solicitud de reducción del importe de la multa, la DI consideró examinar la información y los elementos de prueba presentados de conformidad con el artículo 66 de la LDC .

8. El 4 de mayo de 2012 la DI formuló el Pliego de concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a las partes, quienes presentaron las alegaciones que se recogen en el expediente.

9. Practicadas las actuaciones que igualmente constan, el 17 de julio de 2012 se acordó el cierre de la fase de instrucción, y con fecha 26 de julio de 2012 se notificó a los intervinientes la Propuesta de Resolución, frente a la cual presentaron sus alegaciones y solicitaron la prueba que estimaron conveniente.

10. Finalmente, el Consejo deliberó y resolvió el asunto en su reunión de 20 de febrero de 2012.

En la resolución se describe a la actora FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICA, S.A. (FLEXIPOL) como una empresa portuguesa filial al 100% de COPO FOAM, S.L., participada en un 55% por el GRUPO COPO y en un 45% por el GRUPO FLEX, si bien el GRUPO COPO ejercería el control exclusivo sobre FLEXIPOL.

Ésta fue constituida el 30 de abril de 1964, definiéndose entonces su objeto social como la fabricación y venta de espumas sintéticas para aplicaciones industriales o domésticas.

En la actualidad, dice la resolución, el objeto social de FLEXIPOL es la fabricación y comercialización de materias celulares con base en poliuretanos y de otros productos plásticos, realizando actividades de fabricación y comercialización de espuma de poliuretano flexible, destinada a los usos de automoción (para los rellenos de asientos, apoya cabezas y apoyo codos, techos, absolvedores de impacto, alfombras, insonorización) y los denominados de hogar o confort (colchonería, tapicería, calzado y otros usos).

Advierte la CNC que las dos áreas de negocio se diferencian claramente en FLEXIPOL, no sólo en lo que se refiere a la tecnología empleada en su producción, sino también en cuanto a sus clientes finales, el funcionamiento del mercado y competidores, y comprende dentro de su actividad tanto el negocio de espumas de poliuretano flexible en bloque para el hogar, como el negocio de espumas de poliuretano flexible para el sector automóvil.

Además, destaca que FLEXIPOL ha formado parte de ASEPUR desde 1998 hasta cursar baja con fecha 9 de junio de 2011.

Al referirse al objeto del procedimiento, la resolución sancionadora precisa que en el mismo se han analizado y finalmente sancionado determinadas prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de precios y reparto de mercado que afectan al ámbito de la fabricación y comercialización de la espuma flexible de poliuretano destinada al confort en España.

Se ha considerado que la conducta analizada es una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , y dicha conducta entraría dentro de la definición de cártel, en cuanto que consistió en la adopción distintas medidas colusorias que se adaptaban en el tiempo en función de las circunstancias del mercado, observándose durante la vigencia del cártel un acuerdo para la limitación de la producción con el reparto de cuotas de producción y acuerdos sucesivos para el incremento de los precios realizados a lo largo del tiempo.

Ello le ha llevado a apreciar la existencia de una infracción única, compleja y continuada, cuyo inicio se remonta al año 1992 y que se habría prolongado hasta, al menos, 2011, extendiéndose de este modo durante la vigencia de la Ley 16/1989 y también de la Ley 15/2007, si bien concluye que el régimen sancionador diseñado por la



Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, siendo por tanto la Ley 15/2007 que se entiende aplicable.

Además, supone que los acuerdos colusorios analizados tienen efectos sobre el comercio intracomunitario y, por tanto, son susceptibles de infringir el artículo 101 del TFUE, para lo cual se basa en que las conductas afectan a la totalidad del territorio nacional participando en el cártel empresas que ostentan la mayoría de la cuota del mercado español, pero además participan empresas portuguesas que comercializan su producto en España y empresas españolas que comercializan su producto en Portugal, por lo que el comercio intracomunitario estaría afectado.

Partiendo de esta calificación general, y tras desarrollar el contenido de los citados acuerdos y referirse a su evolución en el tiempo, la resolución de 20 de febrero de 2012 define, además, la concreta participación de las empresas aquí recurrentes manifestando que FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. es 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; y que también lo es 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.

SEGUNDO .- Como hemos señalado, son varios los pronunciamientos de esta Sección dictados en relación a la existencia del cártel que ahora analizamos y que han sido consecuencia de las impugnaciones planteadas por otras empresas también sancionadas. Habiendo recaído, además, sentencias del Tribunal Supremo que confirman, salvo en lo relativo a la cuantificación de las multas, como tendremos ocasión de examinar, las decisiones adoptadas en los pronunciamientos de instancia.

Así, en la sentencia de 30 de mayo de 2017, recurso número 177/2013, que no hace sino recoger lo ya resuelto en otras dictadas respecto del mismo expediente sancionador, hemos dicho lo siguiente, que resulta plenamente aplicable al caso ahora analizado:

"En el presente supuesto, resulta pertinente en este momento esbozar de manera general, la lógica y funcionamiento de la práctica sancionada tal y como se desprende de la resolución recurrida, que, en términos globales, este Tribunal asume. Concretamente, en la resolución impugnada se afirma:

"(131) El cártel se organizó a través de reuniones que se celebraban de manera periódica a través de ASEPUR en las que directivos de las empresas incoadas, pertenecientes o no a esta Asociación, pues en estas reuniones también participaron las empresas auditoras externas encargadas de controlar los acuerdos alcanzados por el cártel y a partir de 2000 las empresas portuguesas incoadas, acordaban precios y el reparto del mercado español de espuma de poliuretano.

(132) Estas reuniones se complementaban con contactos telefónicos entre los directivos de las empresas participantes en el cártel y si alguna de las empresas participantes el cártel no asistía a alguna reunión del cártel eran informadas de los acuerdos adoptados.

(133) Es especialmente significativo que durante el periodo de vigencia del cártel sus reuniones se mantuvieron al más alto nivel de representación y que dichos representantes permanecieron, casi en su totalidad, inalterados en cuanto al nivel de representación generalmente, Directores Generales o Directores Comerciales, y que las personas se sustituían conforme se producían cambios en dichos cargos directivos, estando los Consejeros Delegados y Presidentes de las empresas del cártel informados sobre la existencia del mismo.

(134) El Anexo I de este Pliego contiene una tabla con las personas que han ocupado u ocupan cargos en las entidades incoadas en este expediente sancionador y han participado en las prácticas objeto de investigación.

(135) Las reuniones estaban organizadas por ASEPUR con un orden del día comunicado con antelación a la reunión. Debido principalmente a que ASEPUR no contaba con una sede adecuada para estas reuniones la mayoría de ellas se celebraron en la sede de la ASOCIACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIALES DE PLÁSTICOS (ANAIP), a la cual ASEPUR pertenece, o en la sede de COOPERS & LYBRAND, empresa consultora externa contratada para supervisar parte de los acuerdos alcanzados por el cártel, si bien en ocasiones los participantes en el cártel se reunieron en otras ubicaciones tales como hoteles, cubriendo ASEPUR todos los gastos y coste de estas reuniones. ASEPUR, por tanto tiene un papel propio en el cártel convocando, organizando y amparando las reuniones en las que se concluían o verificaban la implementación de acuerdos anticompetitivos y a las que asistían empresas que no pertenecían a la asociación pero participaban en estas prácticas así como en ocasiones ejerciendo un papel de representación del cártel.

(136) En estas reuniones de ASEPUR se trataban temas generales relacionados con el sector que constaban en el acta de la reunión así como temas relacionados con los acuerdos de precios o de reparto de mercado y su implementación que no constaban en dichas actas, como ha constatado esta DI por las anotaciones realizadas



durante dichas reuniones, en correos electrónicos relativos a las mismas y en declaraciones efectuadas a esta DI por las empresas solicitantes de clemencia.

(137) En este sentido las entidades participantes tenían especial cuidado en mantener estos acuerdos en la más estricta confidencialidad siendo conscientes de la ilegalidad de la conducta llevada a cabo en las reuniones con competidores como puede verse con claridad en el informe interno realizado por un representante de INTERPLASP asistente a una de estas reuniones:

"Orden del día:

Se trata de hablar de la situación del mercado. Precios de materias primas han subido, y se prevé que suban más. Algo hay que hacer al respecto.

Lo que se hable...con la mayor confidencialidad posible. Ya que estos temas que se tratan en este tipo de reuniones está penado por el tribunal de competencia. Y hay que evitar cualquier tipo de denuncia (...)"

(138) Las entidades participantes, por tanto, eran conscientes de la ilegalidad de la conducta o trataban de ocultar el cártel bajo apariencia de legalidad, y por ello en las actas de las reuniones de ASEPUR no constaban los puntos relativos a los acuerdos sobre precios ni limitación y reparto de la producción, y el control del mismo, como se verá más adelante, trata de ocultarse como una auditoría medioambiental para la reducción de gases con efectos contaminantes.

(139) En el expediente se ha considerado el inicio del cártel la reunión celebrada en ASEPUR el 23 de enero de 1992, pues aunque de acuerdo con la información obrante en el expediente se tienen constancia de contactos previos anteriores, en esta reunión se establecieron las condiciones de un acuerdo para la limitación y reparto de la producción en función de cuotas o "contingentes" que los operadores no podían superar, así como el incremento progresivo de los precios. El acuerdo sería controlado por parte de empresas auditoras externas, COOPERS & LYBRANS y ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L. bajo la apariencia de auditorías medioambientales las cuales tendrían el supuesto objeto de reducir la emisión de compuestos contaminantes en el proceso de producción de las espumas. Así consta en el documento firmado el 5 de mayo de 1993 por YECFLEX, ESPIC, ESINCA, POLICASTILLA, TEPOL, SIMAPA, INTERPLASP, COPO IBÉRICA, ICOA, Fabio , FIBRAS ALCALÁ, PAGOLA POLIURETANOS e INESPO, denominado "Acuerdo Sectorial sobre el Plan de Actuación Medioambiental (PAM)", vigente hasta el 31 de diciembre de 2000.

(140) Esta limitación y reparto de cuotas de producción (contingentación) entró en crisis debido principalmente al incremento de las ventas de productores portugueses en España y de productores españoles en Portugal de tal forma que los acuerdos de limitación de la producción y reparto de contingentes no disminuía la oferta de producto e igualmente resultaba mucho más difícil controlar el precio del producto. Por este motivo entre finales de 1999 y el año 2000 el cártel centró sus esfuerzos en el establecimiento de acuerdos para el incremento del precio del producto integrando a los fabricantes portugueses en el cártel, para lo cual se comienza a invitar a estas empresas portuguesas a las reuniones celebradas en España en ASEPUR. Por tanto entre los años del 2000 al 2011 el cártel se centra en concluir acuerdos de incrementos progresivos de precios y discutir sobre su implementación a través de las reuniones de ASEPUR sin el control ejercido por parte de los auditores externos indicados anteriormente.

(141) Los acuerdos sobre precios en las reuniones de ASEPUR en este período se concluían tras un intercambio de información, bien de manera previa a la reunión o durante la misma, sobre la situación del mercado y el incremento de los costes de la materias primas, tras la cual se fijaban incrementos de precios en porcentaje o en valor absoluto así como la fecha de implementación y anuncio a los clientes. Tras los acuerdos realizados en las reuniones se podían producir contactos telefónicos bilaterales entre los participantes. Los competidores también se comunicaban entre sí para transmitir el incremento de precios o precios mínimos acordados a empresas que no habían participado en las reuniones físicamente o para verificar que éste había sido realizado. Además de las llamadas de seguimiento para vigilar la implementación efectiva, en ocasiones también se organizaban reuniones de ASEPUR para tratar sobre la efectiva ejecución de un acuerdo previamente acordado y/o verificar que la implementación había tenido lugar.

(142) Estas reuniones de seguimiento tendrían lugar generalmente entre tres semanas y un mes después de la fecha acordada para el aumento de precio.

(143) No obstante también ha quedado acreditado que en ocasiones las empresas no conseguían llegar a un consenso en las reuniones del cártel por lo que no se concluía un acuerdo en ese momento y se trataba en reuniones posteriores. También se constataba en ellas la existencia de incumplimientos puntuales de empresas en cuanto a la cantidad finalmente incrementada o el momento. Por ello se plantearon a lo largo del periodo de vigencia del cártel distintas estrategias para obligar a las empresas del cártel a cumplir los acuerdos y así consta en el expediente la constitución de garantías económicas depositadas en notario para asegurar el cumplimiento



de las cuotas en el reparto de mercado o intentos por parte de las empresas del cártel de establecer vigilancias y represalia para obligar a las empresas a implementar los acuerdos.

(144) En relación al seguimiento de los acuerdos los participantes del cártel adquirirían los listados de precios de los competidores bien de manera directa siendo proporcionada por el propio competidor o bien a través de clientes y así en las inspecciones realizadas tanto por la autoridad portuguesa de competencia como en las realizadas por esta DI aparecen listados de precios de empresas inspeccionadas".

Esta Sección a la vista de lo expuesto considera que se está ante una conducta anticompetitiva denominada cártel que supone un acuerdo formal entre empresas del mismo sector cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile en su párrafo 26 refiere que: "Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhti ö y otros/Comisión, C89 /85, C104/85, C11 4/85, C116/85, C11 7/85 y C125/85 a C12 9/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".

Esa misma sentencia del Tribunal de Justicia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia. (31). Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".

No es comprensible una conducta por la que se acuerdan precios comunes y cuotas de fabricación entre competidores de un mismo mercado si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y de eliminar la incertidumbre y, por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia; y, además, es lo cierto que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta analizada es perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

Sin perjuicio de que esta Sección analice de forma individualizada las alegaciones realizadas por la recurrente en su defensa, no obstante, considera conveniente destacar que la resolución sancionadora que ahora se revisa ha sido igualmente impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa por el resto de las empresas que la CNC entendió que participaron en la infracción antes aludida. Impugnaciones que han obtenido ya en la vía judicial una respuesta desestimatoria, con la excepción en lo relativo a la proporcionalidad de la cuantía de la multa impuesta. Y ello por sentencias dictadas tanto por esta misma Sección como por sentencias dictadas por el Tribunal Supremo por lo que por razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica debemos acudir a los razonamientos jurídicos recogidos en dichas sentencias en aquellos aspectos que puedan ser comunes a todos los recurrentes que han sido sancionados en un mismo expediente sancionador. En este sentido se destacan las siguientes sentencias que ya son firmes y que se han dictado en relación con empresas participantes en el mismo cártel que ahora examinamos: (a) sentencia dictada por esta Sección en fecha 14 de marzo de 2014 en el recurso nº 153/2013 confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de febrero de 2015, salvo en lo relativo a la cuantía de la multa; (b) sentencia dictada por esta Sección en fecha 23 de julio de 2014 en el recurso nº 176/2013 igualmente confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de mayo de 2017, salvo en lo relativo a la determinación de la cuantía de la multa; (c) sentencia dictada por esta Sección en fecha 23 de julio de 2014 en el recurso nº 150/2013 confirmada por el Tribunal Supremo por sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2017, salvo en la determinación de la cuantía de la multa; (d) sentencia dictada por esta Sección en fecha 24 de julio de 2014 en el recurso nº 111/2013; (e) sentencia dictada por esta Sección en fecha 24 de julio de 2014 en el recurso nº 147/2013 confirmada por el Tribunal Supremo por sentencia de 30 de enero de 2017,



salvo en la determinación de la cuantía de la multa; (f) sentencia dictada por esta Sección en fecha 29 de julio de 2014 dictada en el recurso nº 172/2013 .

De este modo acogemos el relato de hechos que ya se tuvieron en cuenta en la sentencia dictada por esta Sección en fecha 24 de julio de 2014 en el recurso nº 147/2013 :

"También se describen en la propia Resolución los distintos elementos de prueba que obran en el expediente y que se refieren a todos y cada uno de los acuerdos, tanto para el reparto de cuotas de producción, como para la fijación de precios. También se recogen las actas de las reuniones de los fabricantes en relación con las limitaciones de la producción sobre la base de las previsiones del mercado y el reparto de contingentes o cuotas de producción fijadas de forma anual y controlado por auditorías así como en la fijación de precios con un sistema de ajuste dependiente del precio de materias con determinadas condiciones para impedir la entrada de competidores.

En concreto la descripción de los acuerdos se realiza en los siguientes términos:

Tanto RECTICEL como FLEXIPOL han reconocido la existencia de contactos entre los fabricantes de espuma flexible desde mediados de los años 80. No obstante, dados los elementos probatorios que obran en el expediente, la DI sitúa el inicio de las conductas a efectos de la imputación el 23 de enero de 1992, fecha en la que se celebra una reunión de ASEPUR en la que se gestó el acuerdo para el reparto del mercado y la coordinación de precios (HP 3.3, apartados 150 y siguientes). Coincide dicha reunión con la entrada de PAGOLA y YECFLEX en la Asociación (folio 1423).

La documentación recabada en las inspecciones confirma este hecho. El acta de la reunión procedente de la inspección en la sede de PAGOLA revela que asistieron al menos las empresas FIBRAS ALCALÁ y COPO IBÉRICA (FLEXIPOL), Fabio , TEPOL, INESPO e ICOA (RECTICEL), PAGOLA, YECFLEX y ESPIC.

Como es una constante a lo largo de toda la duración de este cartel, el acta guarda silencio sobre las cuestiones relativas a la coordinación anticompetitiva entre las partes. Sin embargo, en la misma inspección en la sede de PAGOLA se halla la denominada carpeta ASEPUR en la que, entre otros documentos, consta un escrito mecanografiado en el que se detalla el contenido de la reunión (HP 3.3, apartado 151). Este escrito refleja la situación de exceso de capacidad del sector, que les abocaba a un ajuste y la decisión de las empresas de coordinarse, limitando su "soberanía individual". En esa reunión se analizan las condiciones de esa coordinación (HP 3.3, apartado 153) producto de un detallado diseño que incluye el "sometimiento a un régimen de contingentes, fijado al principio de cada año" y la "fijación de objetivos de precios a alanzar con carácter anual". Se señala que tales "niveles de precios habrán de ser necesariamente moderados para evitar la afluencia de nuevos oferentes". En definitiva, estamos ante un acuerdo de reparto de mercado y de fijación de precios que pretende desincentivar la entrada de terceros que puedan desestabilizarlo.

En este sentido, al diseñar el sistema de concertación se pone empeño en introducir mecanismos que aseguren la estabilidad de la misma y su funcionamiento con cierto "automatismo". Así, se incide en la "fijación de un periodo mínimo para los acuerdos que proporcione estabilidad al sistema (mínimo de cuatro años prorrogable anualmente)". Se busca la fijación de criterios objetivos para el adecuado reparto de los contingentes ("el verdadero acuerdo consisten en acordar el método de acuerdo") y se pretende pactar un sistema de revisión de precios en función de las modificaciones de precios de las materias primas. Para el desarrollo de todo ello se propone la creación de un grupo de trabajo (HP 3.3, apartado 156).

En todo caso, junto al diseño de mecanismos que dotaran de estabilidad al acuerdo se prevé la adopción de mecanismos de vigilancia, resolución de conflictos y, en caso de ser necesario, retorsión. Así, se plantea un Comité de Arbitraje para resolver conflictos (HP 3.3, apartado 153 y 157) y el establecimiento de un sistema de garantías económicas que serían ejecutadas en caso de separación de los acuerdos (HP 3.3, apartado 153). En concreto, las partes se obligaban recíprocamente a la constitución de una garantía bancaria con el fin de asegurar la compensación a los demás participantes en el caso de que el acuerdo no fuese respetado.

Junto con ello, resultaba de capital importancia la vigilancia del seguimiento de los acuerdos de reparto de mercado. Para ello, terceros externos auditarían la producción de las plantas de las empresas integrantes del cartel.

Debe resaltarse aquí el papel que jugaron estos terceros externos en el diseño, implementación y vigilancia de los acuerdos, en concreto de COOPERS&LYBRAND y de una empresa llamada ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L. (HP 3.3, apartado 164). [...] ha destacado el papel que jugó la consultora COOPERS & LYBRAND. Como expone la DI "el control de la producción con reparto de las cuotas se planteó como consecuencia de la iniciativa de la auditora COOPERS & LYBRAND que se dirigió a la industria de la espuma flexible aconsejándoles que debían cooperar con el fin de limitar las pérdidas". Asimismo, coordinaron la implementación del acuerdo y su seguimiento. Con tal fin, la compañía designaba a un auditor encargado de controlar las plantas de producción



de cada fabricante. También se encargó de recopilar los documentos acreditativos de la constitución de las garantías bancarias que fueron depositadas ante notario público.

Esta activa colaboración de COOPERS & LYBRAND se incardinó en el denominado Plan de Actuación Medioambiental (PAM): una auditoría medioambiental basaba en la necesidad de eliminar clorofluocarbonos ("CFCs"), que justificaba las auditorías para las plantas de fabricación de espuma y para la cual se contrató formalmente a aquella.

Esta participación de COOPERS & LYBRAND (ya como PricewaterhouseCoopers en el año 2000) en los acuerdos ha sido refrendada por la documentación encontrada en la inspección de la sede de PAGOLA (HP 3.3, apartados 169-170) y por FLEXIPOL, que afirma que la consultora organizó la mayoría de las reuniones de ASEPUR en el periodo 1998- 2000, como por otra parte reflejan las actas. COOPERS & LYBRAND diseñó este "plan de actuación medioambiental" para el sector y lo presentó en el seno de ASEPUR (HP 3.3, apartado 176). Como subraya la DI, consta en el expediente el cuestionario enviado por la empresa auditora a las empresas para la "planificación" de este plan, cuestionario en el que no se realiza mención a temas de carácter medioambiental.

El esfuerzo de los miembros del cartel por buscar la estabilidad de los acuerdos y su funcionamiento "automático" no sólo perseguía su eficacia. También plausiblemente reducir el riesgo de su detección. No debe olvidarse que las partes se esforzaron en dotar al sistema de una apariencia de mecanismo medioambiental y que, incluso, se planteó la solicitud al entonces Tribunal de Defensa de la Competencia de la aceptación de una parte "asumible" del plan, conectada con limitaciones en la emisión de clorofluorcarbonados (HP 3.3, apartado 153).

El Plan fue diseñado a lo largo de las reuniones que tuvieron lugar en 1992 y 1993 y que constan acreditadas en el expediente (HP 3.3, apartado 177-182). En el acta de la reunión de 5 de mayo de 1993, hallada en la inspección de la sede de TORRES ESPIC, consta que se procede a la firma del PAM, el cual consta adjunto al acta firmada por YECFLEX, ESPIC, ESINCA, POLICASTILLA, TEPOL, SIMAPA, INTERPLASP, COPO IBÉRICA, ICOA, ICOA LEVANTE, Fabio, FIBRAS ALCALÁ, PAGOLA POLIURETANOS E INESPO. Mediante este documento las empresas se comprometen a someterse al control de los auditores y a aceptar los mecanismos de compensación (HP 3.3, apartados 183-185).

Consta acreditado que los acuerdos fueron ejecutados, implementándose no solo el reparto de mercado sino también la coordinación de precios (HP 3.3, apartados 190-191) y de que con ello las empresas mejoraron su situación económica. Hay evidencia de la continuidad del denominado PAM en el tiempo (HP 3.3, apartados 196-198) hasta el 31 de diciembre del año 2000. En el acta de la reunión de ASEPUR de 21 de diciembre de ese año, a la que asisten representantes de los consultores PriceWaterhouseCoopers y Análisis e Investigación, "el Presidente hace un resumen del plan llevado a cabo durante casi siete años destacando los aspectos positivos que ha aportado al sector y señalando que hay que comenzar a estudiar un nuevo proyecto que aborde las necesidades (la racionalización y promoción de la calidad existentes)".

Como la DI detalla y consta acreditado en el expediente, en ese momento existe cierta tensión ante el incremento de flujos comerciales entre Portugal y España, lo que podía alterar el statu quo (HP 3.3, apartados 200-202). A la vista de ello, ASEPUR contactó con los productores portugueses, lo que dio lugar a una serie de reuniones a lo largo del año 2000 entre las empresas portuguesas (FLEXIPOL, FLEX 2000 y EUROESPUMA). La documentación que obra en el expediente muestra que estaban dispuestas a reaccionar si los productores españoles atacaban sus clientes, pero que optan por cooperar con aquellos, coordinando sus incrementos de precios (HP 3.3, apartado 203).

De esta forma, a partir de entonces los fabricantes españoles centran la cooperación en sostener los incrementos de precios, como ya venían haciendo durante la vigencia del PAM. Para ello, en el seno de ASEPUR se acuerdan precios mínimos o incrementos que se transmiten o consensuan con los productores portugueses, en tanto en cuanto competidores potenciales o efectivos en el mercado español. Estos contactos con los fabricantes portugueses se producen en reuniones con los miembros de ASEPUR, como ha quedado acreditado (HP 3.3, apartados 208-, 209, 212, 224, 227, 228, 231, 235, 257, 270), en las que se intercambian información comercial sensible y se coordinan los incrementos de precios. No obstante, dado que FLEXIPOL es miembro de ASEPUR, esta comunicación se ha producido también a través suyo, (HP 3.3, apartado 204, 215, 222, 223). Esta razón puede hacer que la participación de FLEX 2000 y EUROESPUMA en reuniones de ASEPUR resulte más espaciada en el tiempo.

Conviene aclarar a este respecto que en ningún momento la autoridad española entra a considerar la coordinación entre empresas en el ámbito del mercado portugués. Sólo tiene en cuenta los contactos entre ellas en tanto en cuanto sirven a la coordinación de sus estrategias competitivas en el mercado de espuma flexible para el confort en territorio español, con las empresas en él establecidas".



La acreditación de las conductas constitutivas del cártel es, a juicio de la Sala, indudable, y la misma resolución se pronuncia de manera pormenorizada sobre los hechos que probarían dicha participación en el caso de FLEXIPOL.

Así, al rebatir las alegaciones de ésta sobre la falta de prueba, pone de relieve que *"consta en el acta de la Asamblea General de ASEPUR, de 21 de diciembre de 2000, que el PAM se mantuvo vigente hasta 31 de diciembre de 2000. A dicha reunión, que tuvo lugar en la sede de PriceWaterhouseCoopers, asistió POLIALCALÁ, que más tarde pertenecería a FLEXIPOL (folio 2286)"; "FLEXIPOL ha reconocido su participación en la reunión de 26 de julio de 2000 en Oporto (folio 12428), en la que se abordó una estrategia de cooperación para el mercado ibérico, así como haber recibido posteriormente el acta de la misma. Asimismo, como ya se ha comentado, FLEX 2000 ha declarado que en ese año se produjeron una serie de reuniones entre ella, FLEXIPOL y EUROESPUMA (folios 687, 776 a 781)"; "... hay prueba de que FLEXIPOL acudió en ese ejercicio al menos a una reunión de ASEPUR (HP 3.3, apartado 219) en la que, se llegara o no a acuerdos, los competidores mantuvieron contactos sobre su política de precios"; supone acreditado que "... en la reunión de ASEPUR de 7 de noviembre de 2001, la empresa informa a sus competidores de los cambios corporativos realizados entre FLEXIPOL y POLIALCALÁ. Las dos compañías mantendrán su identidad jurídica pasando a ser propiedad de un holding desde el que se establecerá una estrategia unificada (folio 48) "; en relación al ejercicio 2004 se destaca que "... la información que obra en los Hechos Probados (HP 3.3, apartados 222 y siguientes) revela una relación de FLEXIPOL con el resto de colegas y, en concreto con ASEPUR, entonces presidida por el Director de ICOA (luego RECTICEL) en materia de coordinación de precios". Y añade que "En el correo mandado, FLEXIPOL se excusa por no poder asistir a la reunión de julio y le delega el voto, apuntando la necesidad de una subida de precios: "Sobre los temas de la reunión existe uno que es la coyuntura de mercado, que necesita de la participación de todos. Como no puedo estar presente, queda pedir el favor de aceptares la delegación de voto de la compañía que represento, pues se que nuestros puntos de vista son más o menos coincidentes en ese tema. La subida de materias primas es evidente y la necesidad de subida de precios de venta también. La fecha de aplicación será la «, que el colectivo decidir. Después entro en contacto para saber los detalles. Gracias y boa reunión. Un abrazo". No cabe deducir de un correo así que la colaboración de FLEXIPOL con el resto de competidores del cartel se hubiera interrumpido en ningún momento del periodo..."*.

La imputación de FLEXIPOL se respalda de este modo con un sólido acervo probatorio que no ha sido desvirtuado de contrario con la prueba practicada en autos a instancia de las propias entidades actoras, en particular, con el informe pericial emitido cuyo objeto, consideraciones y conclusiones inciden sobre todo, y como resulta del mismo escrito de conclusiones de la parte demandante, en la determinación del importe de la multa.

Todo ello determina que los hechos sobre los cuales descansa la imputación hayan de considerarse suficientemente acreditados, conclusión a la que llegan también las sentencias dictadas como consecuencia de los recursos interpuestos por las restantes entidades sancionadas.

La circunstancia de que, en el acopio de datos relevantes, haya tenido una evidente incidencia la documentación aportada por las empresas beneficiadas por la declaración de clemencia, ha sido ponderada en otros pronunciamientos de esta Sección, y así en sentencias dictadas en fechas 7 de abril de 2014 (rec. nº 6/12), 25 de noviembre de 2016 (rec. nº 209/13), 29 de noviembre de 2016 (rec. nº 31/13) y en la sentencia de fecha 26 de enero de 2017 (rec. nº 8/13). En dichas sentencias aludíamos a la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06, que en sus apartados 52 a 56, resume la doctrina sobre el valor probatorio y el alcance que ha de darse a la documentación proporcionada por el clemente en los siguientes términos:

"1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58).

2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto,



poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartado 58).

3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, *Bolloré y otros/Comisión*, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T- 128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartado 59).

4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone/Comisión*, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartado 293).

5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".

En un principio, debemos afirmar que las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de prueba adicionales".

TERCERO .- Mención especial ha de hacerse a la alegación de prescripción que hacen valer las demandantes al considerar que su participación habría quedado interrumpida entre 1998 ("o, si se quiere - dice- , aunque no haya fundamento, hasta el año 2000") y 2004, por lo que la brecha temporal impediría la comisión de una infracción única y continuada como la que se le imputa, con el efecto obligado de haber prescrito las conductas anteriores al año 1998 o, en su caso, al 2000.

El análisis de esta alegación ha de hacerse desde la perspectiva que proporciona el Tribunal de Justicia en sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 , T-Mobile, en la cual se indica que "siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas" , salvo que hayan manifestado de forma pública su apartamiento del mismo, o bien lo haya hecho de forma documentalmente acreditada.

Igualmente, en sus párrafos 53, 61 y 62 afirma que: "(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado. (63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la



empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

FLEXIPOL reconoció su participación en la reunión de 26 de julio de 2000 en Oporto, lo que se refleja al folio 12428 del expediente, reunión en la que se abordaba una estrategia para el mercado ibérico. Dicha estrategia habría de desplegar, por tanto, sus efectos en el futuro, sin que, por contra, se haya aportado prueba alguna en los términos que requiere la sentencia del TJUE citada, es decir, que suponga un público apartamiento de la estrategia de concertación. También ha quedado acreditado la existencia de acuerdos en el año 2004, y así en el apartado 222 de los hechos probados se refleja lo siguientes, con apoyo en la propia información suministrada por FLEXIPOL en su solicitud de reducción del importe de la multa (correo electrónico interno de FLEXIPOL, de fecha 14 de junio de 2004), y en traducción del mismo (folios 3156, 3996 y 5154 a 5156): "En los años siguiente esta dinámica para el acuerdo de los precios continuaba en vigor y así con fecha 17 de junio de 2004 tuvo lugar una reunión de ASEPUR a la que asistió FLEXIPOL y en la que previamente se produjo un intercambio de correos internos del representante de FLEXIPOL solicitando autorización para trasladarse a Madrid para asistir a una reunión de ASEPUR, donde se iba a discutir posibles incrementos de precios en el mercado español tal y como textualmente se reproduce a continuación 100: "Solicito autorización para trasladarme a Madrid para asistir a una reunión donde se tratarán los posibles incrementos de precios en el mercado de España. La reunión será el día 17 a las 9.30 horas".

En relación al tiempo en que se desarrolla la conducta, el Tribunal General, en sentencia de 27 de junio de 2012, advierte que la proximidad temporal puede no incidir en la valoración de una infracción como continuada al señalar que "(149)...En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter único y continuado (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C-113/04 P, Rec. p. I-8831, apartado 169).".

Por lo que se refiere al carácter o no de continuada de la infracción, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C- 441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Participazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha



empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)."

"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1 (EDL 1978/3879), actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".

La misma resolución sancionadora se refiere a la continuidad del cártel en este período de aparente inactividad, y, admitiendo que los contactos fueran esporádicos, constata que se siguieron produciendo, de lo cual serían prueba las actas de las reuniones de ASEPUR, que, aun censuradas, revelan que las empresas competidoras seguían discutiendo sobre precios. Así, en el acta de 17 de julio de 2002, se consignaba lo siguiente: "Se discute también la alarmante situación de las materias primas y el anuncio de una inmediata e importante subida del precio de las mismas. De confirmarse la subida, la incidencia en el coste de formulación sería superior a 0,25 e por kilo" (folio 2310).

Lo que cabe concluir de todo ello es que, pese a no haberse acreditado la asistencia a las reuniones que pudieran haberse celebrado durante el período controvertido, se mantuvo a lo largo de éste, también por las actoras, la práctica concertada que se sanciona, lo que obliga a apreciar la calificación de infracción única continuada y a excluir la pretendida prescripción.

CUARTO .- Si, conforme a lo expuesto, ha de considerarse suficientemente acreditada la infracción, así como la calificación que le atribuye la resolución sancionadora, procede plantearse si se ha incurrido, como sostienen las demandantes, en un supuesto de "nulidad de la resolución por denegación arbitraria e inmotivada del beneficio de clemencia".

Como se ha reflejado en el relato de antecedentes, COPOFOAM en beneficio de FLEXIPOL, solicitó con fecha 25 de abril de 2011 la exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su defecto, la reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la misma Ley.

El 16 de mayo de 2011, de conformidad con el artículo 47.2 del RDC y al entender que no se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la misma Ley, la Dirección de Investigación acordó rechazar la solicitud de exención y de reducción presentada.

Para abordar esta cuestión resulta conveniente remitirnos a la sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012, asunto T-347/06 Nynäs, que marca las pautas generales en cuanto a las facultades que asisten al órgano de competencia en orden a la concesión del beneficio de exención. Reproducimos sus apartados 60 y siguientes por ser particularmente ilustrativos sobre esta cuestión:



"60 A tenor del punto 20 de la Comunicación sobre la cooperación de 2002, «las empresas que no cumplan las condiciones [para obtener una dispensa del pago de las multas] contempladas en la sección A podrán no obstante beneficiarse de una reducción del importe de la multa que de otro modo les habría sido impuesta». El punto 21 de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 precisa que, «para ello, la empresa deberá facilitar a la Comisión elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba de que ya disponía la Comisión, así como poner fin a su participación en la presunta infracción a más tardar en el momento en que facilite los elementos de prueba». Por otra parte, el punto 22 de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 señala que «el concepto de "valor añadido" alude a la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos», que «en esta evaluación, la Comisión concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del período en que se produjeron los hechos que a las posteriormente establecidas» y que, «del mismo modo, los elementos de prueba directamente relacionad[o]s con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que l[o]s que sólo guarden relación indirecta con los mismos».

61 En la Decisión impugnada la Comisión señaló que Nynas, sin presentar una solicitud formal de reducción de su multa al amparo de la Comunicación sobre la cooperación de 2002, proporcionó información detallada en su respuesta de 2 de octubre de 2003 a su solicitud de información. Tal información incluía, en particular, una exposición detallada, en nueve páginas, del sistema de reuniones del cartel, que no le había sido solicitada y que, por ello, estaba provista de un valor añadido. Sin embargo, la Comisión no consideró que esos datos aumentaran su capacidad para probar los hechos, pues en ese momento ella ya disponía de los documentos incautados en las inspecciones, de las solicitudes de clemencia de BP y de Kuwait Petroleum y de algunas respuestas a su primera remesa de solicitudes de información enviada el 30 de junio de 2003. Además, esas pruebas tampoco le permitieron demostrar nuevas características relevantes del cartel, en particular por haber reformulado Nynas algunas declaraciones sobre ExxonMobil. En consecuencia, la Comisión consideró que, al no haber proporcionado Nynas información con un valor añadido significativo, no podía concederle una reducción de la multa en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 (considerandos 389 a 393 de la Decisión impugnada).

62 De la jurisprudencia se desprende que la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en la materia y que el control del juez se limita al del error manifiesto de apreciación. En efecto, según reiterada jurisprudencia, una cooperación en la investigación que no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que recaen sobre las empresas en virtud del artículo 18, apartados 3 y 4, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1), no justifica una reducción de la multa (sentencias del Tribunal de 10 de marzo de 1992, Solvay/Comisión, T-12/89, Rec. p. II-907, apartados 341 y 342, y de 14 de mayo de 1998, Cascades/Comisión, T-308/94, Rec. p. II-925, apartado 260). Sin embargo, tal reducción está justificada cuando la empresa facilite una información que supere ampliamente a la que la Comisión puede exigir que se le aporte en virtud del artículo 18 del Reglamento nº 1/2003 (sentencias del Tribunal Cascades/Comisión, antes citada, apartados 261 y 262, y de 9 de julio de 2003, Daesang y Sewon Europe/Comisión, T-230/00, Rec. p. II-2733, apartado 137). Para justificar que se reduzca la multa en atención a la Comunicación sobre la cooperación de 2002, el comportamiento de la empresa debe haber facilitado la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones a las normas comunitarias en materia de competencia y demostrar un auténtico espíritu de colaboración. Por una parte, incumbe pues al Tribunal examinar si la Comisión ignoró la medida en que la cooperación de las empresas en cuestión superó lo que les era exigible de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento nº 1/2003. A este respecto, ejerce un control pleno, atinente, en particular, a los límites que el derecho de defensa de las empresas impone a su obligación de responder a las solicitudes de información. Por otra parte, el Tribunal debe comprobar, como en el caso de autos, si la Comisión apreció correctamente, a la luz de la Comunicación sobre la cooperación de 2002, la utilidad de la cooperación para la determinación de la infracción. Dentro de los límites que marca dicha Comunicación, la Comisión goza de una facultad de apreciación para valorar si la información o los documentos, voluntariamente aportados por las empresas, facilitaron su labor y si procede conceder una reducción a una empresa al amparo de esta Comunicación. Esta valoración es objeto de un control jurisdiccional limitado (sentencia del Tribunal de 9 de julio de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C- 511/06 P, Rec. p. I-5843, apartado 152; sentencia del Tribunal de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169, apartados 529 a 532, confirmada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C- 135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 249).

63 Por otra parte, si bien la Comisión está obligada a exponer los motivos por los que considera que las pruebas aportadas por las empresas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 constituyen una contribución que justifica o no una reducción de la multa impuesta, corresponde a las empresas que desean



impugnar la decisión de la Comisión al respecto demostrar que ésta, a falta de tales pruebas presentadas voluntariamente por dichas empresas, no habría podido demostrar lo sustancial de la infracción ni, por tanto, adoptar una decisión sancionadora (sentencia Erste Group Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 62 supra, apartado 297).

64 En el marco de la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO 1996, C 207, p. 4; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación de 1996»), el juez de la Unión ha considerado que la concesión de una reducción del importe de la multa en aplicación de sus disposiciones requiere, en particular, que la empresa interesada haya sido la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo y que, aunque tales elementos no deben necesariamente ser suficientes en sí mismos para probar la existencia del acuerdo, deben, no obstante, ser determinantes para ello. Por consiguiente, no debe tratarse tan sólo de una fuente de orientación para las investigaciones que ha de llevar a cabo la Comisión, sino de elementos que puedan utilizarse directamente como base probatoria principal para una decisión de declaración de infracción (sentencias del Tribunal de 15 de marzo de 2006, BASF/Comisión, T-15/02, Rec. p. II-497, apartados 492, 493, 517, 518, 521, 522, 526 y 568, y Daiichi Pharmaceutical/Comisión, T-26/02, Rec. p. II-713, apartados 150, 156, 157 y 162).

65 Conforme a los puntos 7, 21 y 22 de la Comunicación sobre la cooperación de 2002, la Comisión debe apreciar la contribución real de la empresa, por su calidad y por el momento en que se produce, al establecimiento de la existencia de la infracción, y el concepto de «valor añadido significativo» alude a la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos constitutivos de la infracción, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle. De este modo, la Comisión concede un valor particular a datos que, junto con otros datos ya en su posesión, podrían permitirle demostrar la existencia de una práctica concertada, o a datos que le permitan corroborar pruebas ya existentes, o a los que tengan consecuencias directas sobre la gravedad o la duración de la práctica concertada. En cambio, en contra de lo que sostienen las demandantes, el criterio determinante no se limita a que una empresa «haya facilitado la tarea de la Comisión». Procede señalar que la jurisprudencia de que las demandantes tratan de prevalerse al respecto (sentencia del Tribunal de 14 de mayo de 1998, Mayr-Melnhof/Comisión, T-347/94, Rec. p. II-1751, apartado 331) no versa sobre la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 y, en todo caso, se limita a afirmar que puede considerarse que una empresa que declara expresamente que no niega los hechos en que la Comisión basa sus cargos ha contribuido a facilitar la tarea de la Comisión y, por ello, puede beneficiarse de una reducción de la multa.

66 Por otra parte, la Comisión no puede tener en cuenta, en la fase de apreciación del valor añadido significativo de los datos aportados, el carácter continuo de la cooperación prestada por una empresa, pues el punto 23 de la Comunicación sobre la cooperación de 2002 limita la toma en consideración de la magnitud y de la continuidad de la cooperación de la empresa a la fase de la determinación del nivel exacto de reducción de la multa entre ciertos márgenes, una vez que la Comisión ya ha considerado que los datos facilitados están provistos de un valor añadido significativo".

A la luz de dicha doctrina, ha de destacarse que, en el caso que aquí analizamos, la entidad demandante no fue la primera en proporcionar la información; es más, el relato cronológico en la presentación de solicitudes de exención evidencia que sólo lo hizo cuando se había incoado ya el expediente sancionador, y tras la información aportada por otras dos empresas del cártel (RECTICEL y FLEX 2000)

La sucesión de hechos fue la siguiente:

- 9 agosto 2010: RECTICEL presenta solicitud de exención con información y prueba de la infracción.
- 10 de septiembre de 2010: FLEX 2000 presenta solicitud de exención.
- 15 febrero 2011: Exención total RECTICEL y parcial FLEX 2000.
- 16 de febrero de 2011: inspecciones en diversas sedes de empresas españolas y en la portuguesa de FLEXIPOL.
- 13 abril 2011: Acuerdo de incoación de expediente sancionador.
- 25 abril 2011: solicitud de exención de FLEXIPOL.

La afirmación de que los datos proporcionados por FLEXIPOL eran del todo relevantes y novedosos obedece al propio y particular criterio de la actora, pero es contradicho por la Dirección de Investigación que, frente a lo sostenido en la demanda, motivó de manera suficiente la denegación del beneficio.



Como se refleja en la resolución recurrida, el acuerdo de la DI hace expresa mención a la causa por la cual denegó lo solicitado:

"Que no se reduzca el importe de la sanción correspondiente a FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y a su matriz COPOFOAM, S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y en artículo 50.6 del RDC puesto que una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados, esta DI considera que no se han facilitado elementos de prueba que aportaran un valor añadido significativo con aquéllos de los que ya disponía a dichas fechas la CNC. De ahí que esta DI considera que FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y su matriz COPOFOAM, S.L., no han cumplido con los requisitos previstos en el artículo 66.1 de la LDC no proponiéndose una reducción del importe de la multa que, en su caso, pudiera imponerse".

Por su parte, la resolución sancionadora da cumplida respuesta a las alegaciones planteadas por la interesada sobre el particular.

Recuerda que, para beneficiarse de la reducción, el solicitante no debe limitarse a aportar aquella información que ya consta en el expediente, sino que se le exige un valor añadido. Destaca que FLEXIPOL presentó su solicitud de reducción en tercer lugar, una vez lo habían hecho RECTICEL y FLEX 2000, dos meses después de que la DI realizara las inspecciones, y con el expediente sancionador ya incoado.

Además, mantiene que la información aportada no ofrece elementos de prueba sobre la infracción que se analiza que impliquen un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya se disponía como consecuencia de las anteriores actuaciones en este procedimiento, pues si bien permitirían corroborar ciertos aspectos de la infracción, no aportan un valor añadido para la investigación.

Y literalmente dice que *"... las informaciones que aporta FLEXIPOL sobre conductas anteriores a 1992 no son concretas ni vienen soportadas en alguna otra pieza de evidencia, lo que impide considerarlas como elementos de prueba concluyentes sobre los que extender el periodo de infracción. Algo similar sucede con a las declaraciones de FLEXIPOL con respecto a la existencia de un pacto colusorio que habría afectado a la espuma de poliuretano destinada a la industria del calzado. La DI considera que la información ofrecida no resulta concluyente y que, en todo caso, no habría estado vigente más allá del año 2004. Todo ello además escaparía al perímetro de la infracción que ha sido imputada y que este Consejo analiza en el presente expediente. Por último, del conjunto de las declaraciones y alegaciones de FLEXIPOL se desprende que ésta no ha facilitado la labor de la autoridad de competencia a la hora de declarar la existencia de una infracción de cartel en virtud de la utilidad de la información aportada. De hecho, como señala la DI, se observa que no a facilitado a la DI ni la acreditación de los hechos por los que ha solicitado dic a reducción ni la lectura de los mismos, tratando de introducir confusión al respecto".*

En definitiva, no puede afirmarse que la decisión de excluir el beneficio de exención, o el de reducción de la multa, sea inmotivada, lo que obliga a rechazar también este motivo de impugnación.

Razonamientos trasladables a la solicitud de aplicación de la atenuante prevista en el artículo 64.3.d) de la Ley de Defensa de la Competencia. Y es que el rechazo por parte de la CNC, de la consideración de esta atenuante se reviste de una motivación suficiente cuando argumenta lo siguiente:

"A este respecto debe advertirse que la denegación por parte de la DI de los beneficios previstos en el artículo 66 de la LDC en modo alguno asegura que el solicitante cumpla automáticamente lo previsto en el artículo 64.3.d). La DI deberá proponer y el Consejo valorar la aplicación de tal atenuante a la vista de las circunstancias de cada caso.

En el caso de FLEXIPOL, entiende el Consejo que la atenuante no procede. La lectura conjunta de sus declaraciones, de la documentación aportada y de sus alegaciones no permite concluir que su colaboración haya sido decidida y efectiva. En lo que a las conductas que aquí se analizan se refiere, la información ofrecida ya estaba en poder de la DI y fue corroborada por las inspecciones. Respecto a posibles conductas ajenas a este cartel, ni han podido ser probadas en grado suficiente ni constituyen el objeto del presente expediente, luego difícilmente pueden tenerse en cuenta para atenuar la responsabilidad de FLEXIPOL por la infracción que aquí se ventila. Por otra parte, el tenor de las alegaciones de FLEXIPOL no permite hablar de una actitud colaboradora a los efectos de mejor probar y valorar el presente asunto. Por todo ello, coincide el Consejo con la DI en que no procede aplicarle a FLEXIPOL atenuante alguno".

Podrá discreparse de los motivos expuestos por la CNC para rechazar, en el ejercicio de las competencias que le son propias, la aplicación de la atenuante; pero es incuestionable que la decisión cuenta con una motivación suficiente que, a juicio de la Sala, debe prevalecer sobre las razones expuestas por la interesada.



QUINTO .- Se sostiene también en la demanda que RECTICEL coaccionó a las empresas para participar en el acuerdo de precios, coacción que consistió en amenazas de presión a los fabricantes de materias primas para que perjudicaran a aquellas empresas que no formasen parte del pacto.

Este argumento ha sido ya abordado por la Sala en la sentencia de 30 mayo de 2017, recaída en el recurso núm. 177/2013, seguido frente a la misma resolución sancionadora. En dicha sentencia se dice sobre el particular que *"Solo resta añadir que la recurrente, en ningún momento, ha acreditado la existencia de coacciones por parte de las empresas solicitantes de clemencia, que hubieron temido por consecuencia la anulación de su libre voluntad, a los efectos de participar en las reuniones y acuerdos colusorios descritos. En todo caso, de haber ocurrido así las cosas, la recurrente pudo acudir a la CNC para denunciar esos hechos, lo que no hizo"*.

Compartimos plenamente ambas conclusiones.

Es evidente que, de existir las supuestas coacciones, en ningún caso podrían justificar la comisión de la infracción. La conducta que cabría exigir entonces a las empresas sería la de presentar la correspondiente denuncia ante la misma Comisión, no la de concluir los acuerdos colusorios que se han acreditado.

Además, ha de decirse que la pretendida eficacia de las coacciones, y aun su existencia misma, no han sido suficientemente probada.

En efecto, RECTICEL, personada en este proceso como codemandada, ha negado de manera expresa que tales coacciones se hubieran en realidad producido.

FLEXIPOL propuso prueba testifical al respecto, practicándose en estos autos. De ella, destaca la recurrente la declaración del Sr. Ricardo, que habría adverado la existencia de las presiones ejercidas por la empresa líder del sector, y cuyas apreciaciones habrían sido confirmadas por la declaración del Sr. Jesús Luis, Director General de FLEXIPOL.

No obstante la Sala, en el ejercicio de la facultades que le asisten sobre libre valoración de la prueba, entiende que las mismas son insuficientes para deducir que tales coacciones tuvieron lugar, o que, en todo caso, fueron determinantes del comportamiento de la entidad actora hasta el punto de haber condicionado su voluntad y la del resto de partícipes en el cártel.

En modo alguno prueban, como pretende la recurrente, el rol pasivo de FLEXIPOL en el cártel, desde luego no creíble ante la cantidad de pruebas acumuladas, a las que nos hemos referido antes, que evidencian su activa participación.

SEXTO .- Procede, a continuación, analizar los motivos que la demanda dedica a cuestionar el modo de calcular la sanción, que califica de arbitrario y contrario a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC.

Aduce al respecto la demandante, en primer lugar, que la cifra de ventas de espumas moldeadas no forma parte del cártel, razón por la cual el volumen de ventas tomado en consideración para el cálculo de la multa no podría comprender las de espumas moldeadas.

Sobre esta cuestión se pronunció expresamente la resolución recurrida.

Así, la interesada había argumentado que, mientras las espumas objeto de los pactos son productos prácticamente a granel, por metros, por volumen, y no por unidades, en el caso de las espumas moldeadas el líquido con el que se hace la espuma se inyecta dentro de un molde, para lo cual se necesita maquinaria e instrumentos especiales y mucho más sofisticados.

Frente a ello, razona la CNC que cuando la DI requirió información sobre los productos comercializados, FLEXIPOL no señaló nada a este respecto, remitiéndose a los folios 2458 y siguientes, así como a las respuestas del resto de miembros del cartel que tampoco sustentarían esta distinción.

Lo que sí resulta acreditado y, a juicio de la Sala, determinante, es que, de acuerdo con la propia información suministrada por la entidad, el precio de la espuma moldeada se establecía en función del precio de la espuma de poliuretano en bloque. Así resulta, por ejemplo, del documento obrante al folio 9628, y en otros de similar contenido, donde se comunican los nuevos precios:

"Tras la conversación con nuestro comercial (...) les comunicarnos que como consecuencia del incremento de las materias primas y la escasez de las mismas, nos vemos obligados a incrementar nuestras tarifas en las cuantías que a continuación detallamos:

Bloque Bruto Poliéster: 0,47 / Kg

Bloque Limpio: 0,53 C/Kg

Rollo Poliéster: 0,59 E / Kg



Moldeados de Espuma: + 20 %

Este incremento se aplicara a partir del 02/11/05..."

Además, ha de coincidir con la CNC en que no hay nada en los hechos acreditados que indique que los acuerdos exceptuaban la espuma moldeada.

Resultando del todo razonable la conclusión a la que llega la resolución en este punto al señalar que, de ser cierto que FLEXIPOL es el único productor de espuma moldeada, resultaría evidente su facilidad para trasladar los incrementos de precios que acuerda para el producto más básico al de mayor valor añadido.

Todo lo cual permite suponer que el volumen de ventas de espumas moldeadas ha de tomarse en consideración también para la cuantificación de la multa.

Otro tanto sucede con las cifras de ventas de espumas para el calzado, y con las de ventas al cliente FLEX.

Como mantiene la resolución recurrida, nos encontramos ante una infracción por objeto, con aptitud para distorsionar la competencia en el mercado de la espuma de poliuretano para el confort. Es del todo coherente que la sanción considere el volumen de negocios de todo el mercado que se haya visto potencial o efectivamente afectado por las conductas sin necesidad de tener que probar el efecto sobre cada uno de los clientes para considerar tales ventas incluidas a efectos del cálculo de la sanción.

De ahí que la prueba pericial practicada en autos no consiga enervar esta consideración -a pesar de concluir el informe que *"Los precios aplicados por Flexipol a su cliente Flex, por la venta de espuma de poliuretano para el sector confort, son inferiores a los aplicados a otros clientes en los años 2001 a 2012, ambos inclusive"*; o que *"Los precios aplicados por Flexipol a su cliente Arneplant, por la venta de espuma de poliuretano para el sector calzado, son inferiores a los aplicados a otros clientes en los años 1999 a 2012, ambos inclusive"*; y que, en consecuencia, el volumen de ventas afectado a considerar para el cálculo del importe básico de la sanción sea el correspondiente al volumen de ventas antes de impuestos de espuma de poliuretano flexible para confort realizadas en territorio español por cada una de las empresas y, en su caso, del grupo empresarial al que pertenezca la empresa, a lo largo del periodo de infracción que se les haya imputado, como correctamente determina la resolución sancionadora.

SÉPTIMO .- Finalmente, plantea la recurrente la desproporción del importe de la multa y la vulneración de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC .

Ha de decirse sobre tal cuestión que, en este caso, la sanción se ha impuesto con arreglo a la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009).

Y por ese único motivo entiende la Sala que la resolución recurrida debe anularse por no respetar el principio de proporcionalidad al cuantificar la multa, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), cuyo criterio se ha reiterado posteriormente en otras muchas, como las que invoca y aporta la recurrente con su escrito de 11 de marzo de 2015.

Lo que conduce a la estimación del recurso contencioso administrativo en este solo extremo, y a ordenar a la Comisión Nacional de la Competencia a que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en dichas sentencias.

NOVENO.- Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo, no se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez en nombre y representación de **FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A.**, y de su matriz , **COPO FOAM, S.L.** , contra la resolución de 28 de febrero de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia.

2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.



3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la cual fije el importe de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia y con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

No se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe recurso de casación que deberá 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 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 20/07/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO