Roj: **SAN 2140/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2140**

Id Cendoj: **28079230062017100156**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **30/05/2017**
Nº de Recurso: **177/2013**
Nº de Resolución: **181/2017**
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000177 / 2013

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **01904/2013**

Demandante: **YECFLEX, S.L.**

Procurador: **D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: **RECTICEL, S.A. Y RECTICEL IBERICA S.L.U.**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de mayo de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **177/2013**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillen, en nombre y en representación de la mercantil "YECFLEX, S.L.", contra la Resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , Espuma de Poliuretano, resolución que agota la vía administrativa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado y como parte codemandada ha comparecido RECTICEL, S.A. y RECTICEL IBERICA S.L.U. representadas por el Procurador D. Fernando Álvarez Wiese.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"II. Que, previos los trámites preceptivos, dicte sentencia y anule la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente núm. NUM000 Espuma de Poliuretano, con arreglo al articulo 63 LRJPAC, por haber prescrito la conducta sancionada conforme al articulo 68.1 de la LDC ; o alternativamente,

III. Que, con carácter totalmente subsidiario, dicte sentencia y anule parcialmente la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente núm. NUM000 , Espuma de Poliuretano, reduciendo la multa impuesta".

SEGUNDO. - Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la mercantil codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 10 de mayo de 2017.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , Espuma de Poliuretano, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de la que son autoras la ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR); ESINCA, S.L.; EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTETICAS, S.A.; FLEXIPOL ESPUMAS SINTETICAS, S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L.; FLEX 2000-PRODUTOS FLEXIVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S.; INTERPLASP, S.L.; PAGOLA POLIURETANOS, S.A.; RECTICEL IBERICA, S.L. y solidariamente su matriz RECTICEL, S.A.; TEPOL, S.A.; TORRES ESPIC, S.L. y YECFLEX, S.A. consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cártel de empresas.

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

.....

Seiscientos sesenta y ocho mil euros (668.000 euros) a YECFLEX, S.A.".

Concretamente, la resolución impugnada considera que las entidades sancionadas participaron en un cártel de empresas del sector de la espuma flexible de poliuretano mediante la adopción de acuerdos para la fijación de precios y el reparto de cuotas de mercado que afectaba al ámbito de la fabricación y de la comercialización de la espuma flexible de poliuretano destinada al confort en el mercado nacional a través de diversas reuniones que tuvieron lugar en el caso de la mercantil recurrente desde el 23 de enero de 1992 hasta el 26 de enero de 2010. Actuaciones anticompetitivas que se prohíben en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que la CNC calificó como infracción única, compleja y continuada, cuyo inicio se remonta al año 1992 y que se prolongó, al menos, hasta el año 2011.

SEGUNDO. - En el escrito de demanda presentado por la parte actora, YECFLEX, S.L., se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, que se acuerde la nulidad de la multa impuesta por vulnerar el principio de proporcionalidad. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1.- Caducidad del procedimiento sancionador de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36.1 , 37 , y 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

2.- Prescripción de la acción de la Administración para sancionarle toda vez que dejó de participar en las reuniones convocadas por el resto de las empresas sancionadas a partir del año 2007 como consecuencia del cambio de los administradores sociales de la mercantil recurrente. De tal manera que, si en su caso, se le pudiera considerar participe hasta diciembre de 2006, lo cierto es que desde esa fecha hasta el mes de abril de 2011 en que se incoa el expediente sancionador han transcurrido más de cuatro años por lo que ha prescrito la acción de la CNC para sancionarle por las conductas que le imputan desde enero de 1992 hasta enero de 2007.

3.- Niega su participación en la supuesta infracción a partir del mes de enero de 2007, fecha en la que entraron nuevos administradores en la mercantil recurrente. Y desde ese momento afirma que dejó de acudir a las reuniones del supuesto cártel, no mantuvo contactos con sus competidores y, además, su política de precios cambió y a partir de entonces fue sistemáticamente contraria a la política supuestamente acordada por el cártel.

Añade que la razón por la cual los nuevos administradores no pudieron manifestar públicamente el abandono del cártel fue por miedo a las coacciones, represalias y amenazas recibidas por el resto de los miembros que formaban parte del cártel. Pero que, no obstante, sus intenciones eran las de apartarse de los acuerdos colusorios adoptados por los miembros del cártel como lo demuestra su alejamiento del cártel no acudiendo a las reuniones que se convocaron a partir del cambio de administradores y apartándose de la política de precios fijada por los miembros del cártel.

4.- Alega la violación del derecho a la presunción de inocencia puesto que no hay prueba de su participación en la adopción de los acuerdos colusorios a partir del mes de enero de 2007.

Sobre esta alegación la recurrente añade que las declaraciones de los dos clementes no tienen un valor probatorio singular, ni tienen atribuida la presunción de certeza, pues necesitan el apoyo de otros elementos de prueba. Los dos clementes agrupan el 50% del mercado español, y denuncia un interés desmedido de Recticel en orden a lograr la confirmación de la sanción a la recurrente. Los dos grandes operadores obligaron a los pequeños a participar en el cártel para posteriormente acogerse a la política de clemencia y, tras lograr su inmunidad, deshacerse de los nuevos competidores que deben soportar fuertes sanciones.

5.- Finalmente apoya su defensa refiriendo que la cuantía de la multa impuesta es desproporcionada porque, en su caso, el periodo que debió tenerse en cuenta como miembro del cártel debió ser hasta el año 2009, puesto que en enero de 2010 se dio de baja en la Asociación ASEPUR. Y, además, refiere que no se le ha aplicado en la determinación de la cuantía de la sanción la atenuante de que cesó voluntariamente en las actividades colusorias.

TERCERO. - La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Igualmente la representación procesal de la mercantil codemandada solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado.

CUARTO. - Centrado el objeto de debate son muchas las razones que esgrime la mercantil recurrente para obtener o bien la nulidad de la sanción o, en su caso, la reducción de la cuantía de la multa impuesta en un procedimiento tramitado por la CNC en el que, frente al criterio mantenido por la recurrente, se han respetado todos los tramites esenciales de acuerdo con la regulación recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

La conducta imputada se ha tipificado por la CNC con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que dispone:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a. *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".*

La actividad que se está prohibiendo en el citado precepto es cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin; y no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

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, ÁLVARO ESTEVE, 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 cumplimento 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 adquirían 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 Justica 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. I1307, apartado 63)".*

Esa misma sentencia del Tribunal de Justica 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), A. ESTEVE, 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.

Este 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, JOSÉ ÁLVARO ESTEVE, 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".

QUINTO.- Toda vez que, como se ha expuesto, estamos ante la revisión de un procedimiento sancionador en el que algunos aspectos son comunes a todos los recurrentes, como es la caducidad del procedimiento sancionador planteada por la recurrente en el presente proceso, debemos acudir por razones de unidad de doctrina a la respuesta desestimatoria dada sobre este punto en la sentencia dictada por esta misma Sección en fecha 23 de julio de 2014 en el recurso contencioso administrativo nº 150/2013 en la que se analizaba también la legalidad de la resolución sancionadora que ahora se revisa. En dicha sentencia rechazábamos la alegación de caducidad y decíamos:

"En este punto debemos mostrar nuestra conformidad con la alegación que al respecto formula la Abogacía del Estado, pues tal y como se desprende del Antecedente de Hecho 23 de la resolución recurrida, a la relación de plazos e interrupciones de los mismos que formula la recurrente y que la Abogacía del Estado acepta plenamente, hay que añadir una nueva interrupción, que fue omitida por la recurrente.

De esta forma, si bien es cierto que como consecuencia del acuerdo de fecha 30 de noviembre de 2012, el plazo máximo para notificar la resolución del expediente era el 26 de febrero de 2013 y la referida notificación se produjo el 4 de marzo de 2013, también lo es, que en fecha 31 de enero de 2013, el Consejo requirió a las empresas para que aportaran información suplementaria, quedando suspendido el plazo para resolver hasta el 11 de febrero de 2013, terminando el Consejo su deliberación el 20 de febrero siguiente.

Por esta razón, y dado que en estas circunstancias el plazo máximo de resolución terminaba el 29 de marzo de 2013, la resolución, impugnada, notificada el 4 de marzo de 2013, se dictó dentro de los plazos establecidos, lo que supone la desestimación de este motivo de recurso".

Asimismo, debe rechazarse la alegación de caducidad que la recurrente menciona en su escrito de conclusiones apoyándose en la interpretación dada por esta Sección en sentencias que se han revocado por el Tribunal Supremo como así se aprecia en la sentencia dictada en fecha 26 de julio de 2016 en el recurso de casación 3811/2015 .

SEXTO.- La recurrente apoya básicamente su defensa alegando que ha prescrito la acción de la Administración para sancionarle. En relación con esta cuestión refiere que el cambio de administradores de la sociedad a partir de enero de 2007 determinó un cambio de aptitud y de participación en el cártel de tal manera que a partir de

dicha fecha la recurrente dejó de intervenir por lo que debe declararse prescrita la participación que la CNC le imputa desde el año 1992 hasta el año 2010 toda vez que el acuerdo de inicio del expediente sancionador tuvo lugar en el mes de abril de 2011.

Es importante destacar, en este momento, que la CNC estimó que la conducta objeto de sanción merecía la calificación de única y continuada por lo que, a la vista de la alegación que realiza la recurrente, debemos analizar cual fue, en su caso, la participación que tuvo la recurrente a partir de enero de 2007 con el cambio de administradores de la sociedad para con ello determinar si hubo o no prescripción. La CNC considera que la mercantil recurrente participó en las conductas analizadas desde el 23 de enero de 1992 hasta el 26 de enero de 2010, fecha en que se dio de baja en la Asociación, ASEPUR.

En el escrito de demanda no se pone en duda que tanto la mercantil recurrente como el resto de las empresas sancionadas hubieran adoptado acuerdos colusorios con anterioridad al mes de enero de 2007. La recurrente centra su defensa en su escrito de demanda refiriendo exclusivamente que dejó de participar en las reuniones celebradas por los miembros del cártel a partir del mes de enero de 2007 en que hubo un cambio en los administradores sociales de la mercantil; fecha en la que no solo dejó de asistir a las reuniones sino que, además, no aplicó ni siguió la política de precios fijada en las reuniones que se siguieron celebrando. Y precisamente es esa falta de asistencia y de participación desde el mes de enero de 2007 lo que permite a la recurrente obtener la conclusión de que debe declararse prescrita la imputación realizada desde enero de 1992 hasta enero de 2007 toda vez que, desde enero de 2007 hasta el mes de abril de 2011, en que se acuerda la incoación del expediente sancionador, han transcurrido más de cuatro años.

Para poder resolver la alegación de prescripción como plantea la recurrente, esta Sección debe examinar si realmente participó o no a partir del mes de enero de 2007 en las conductas anticompetitivas sancionadas. Y debemos así analizar si existe o no prueba de la participación de la recurrente en el cártel con posterioridad al mes de enero de 2007. En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985 , y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

Y en este caso, esta Sección considera que si existe prueba con entidad suficiente que permite concluir que la recurrente tenía conocimiento de las conductas anticompetitivas desarrolladas incluso a partir del mes de enero de 2007. Pruebas aportadas por los solicitantes de clemencia así como pruebas obtenidas por la CNC en las inspecciones realizadas en la sede de diversas empresas sancionadas consistentes en notas manuscritas, correos electrónicos e informes elaborados por alguna de las empresas participantes como resumen de las reuniones celebradas. Por tanto no podemos compartir la tesis del recurrente cuando afirma que desde enero de 2007 dejó de participar en las reuniones del cartel y, por tanto, ni conocía los acuerdos que se adoptaron a partir de entonces ni tampoco llevó a la práctica las subidas de precios que los miembros del cartel habían adoptado. Frente al criterio del recurrente, consta en el expediente administrativo su asistencia y participación en la reunión celebrada el 9 de julio de 2007 en la que se trató el punto relativo al *MERCADO* y aparece la anotación manuscrita de *"Perseverar en el intento de subida"* . Información que se obtuvo por la CNC de las notas manuscritas tomadas en la inspección de la mercantil PAGOLA (folios 1534 y 1535 del expediente administrativo). Notas manuscritas elaboradas por una de las empresas participantes en el cártel en un momento coetáneo a los hechos que ahora se examinan por lo que no puede ponerse en duda ni su realidad ni tampoco que se hubieran realizado en un momento posterior para imputar a terceras empresas cuando, además, esa nota manuscrita también sirve de imputación a la mercantil que la elabora. Además, consta también la participación de la recurrente en la reunión celebrada en fecha 20 de diciembre de 2007 en la que consta que los participantes acuerdan el incremento de precios - folios 43 y 101 a 108 del expediente administrativo-.

Tampoco podemos admitir la afirmación de la recurrente cuando, en su caso y de forma subsidiaria, pretende que se excluya el año 2009 del periodo temporal que la CNC ha tenido en cuenta para imputarle responsabilidad. Y ello porque constan dos actas de reuniones celebradas en el año 2009 - 18 de septiembre y 14 de diciembre- en las que YECFLEX si fue convocada a dichas reuniones -por lo que los competidores le seguían considerando miembro del cártel- aunque no acudiera a las mismas puesto que consta que excusó su asistencia; no obstante, en las actas levantadas tras dichas reuniones se recogen las quejas manifestadas por la recurrente respecto del cumplimento por parte de otras empresas de los acuerdos adoptados y, además, consta que dichas actas se remitieron al recurrente -folio 161 del expediente- a través del correo electrónico de la empresa recurrente y, en consecuencia, se puede concluir que no cabe duda de que conocía los acuerdos

adoptados en dichas reuniones en las que se acordaron acuerdos colusorios como así se deduce del folio 1721 del expediente administrativo en el que se recoge el acta de la reunión de 18 de septiembre de 2009 en la que, entre otros aspectos, se refiere:

"PRECIOS: En consecuencia, todos están de acuerdo en que hay que subir el precio de la espuma, pero ¿Cuánto y cuándo?, ese es el problema, Vicenta , alega que las 2 compañías que más capacidad tienen de almacenaje (Materia prima y espuma), además de la suya, deben tener stock para mes y medio o dos meses y, a su juicio, si anunciamos subida, se van a quedar con el mercado, luego hay que esperar.

....abre un turno de réplica, acordando, un poco forzados, que desde ya o máximo el 1 de Octubre, se anuncie una subida de 025C/Kg. para el 15 de Octubre, siendo conscientes, de que nos iremos al 1 de Noviembre o algo más, sin que se haya aplicado en su totalidad, pero de no ser así, nos metemos en Diciembre y sería casi imposible aplicarla".

Por tanto, aunque no asistiera a las reuniones, si podemos concluir que la mercantil recurrente seguía participando y conociendo el plan conjunto de actuación seguido por los miembros del cártel.

Esta Sección no admite así la afirmación de la recurrente de que con el cambio de administradores se apartara absolutamente de las reuniones en las que adoptaban acuerdos colusorios. Por otra parte, la recurrente que conocía los acuerdos por su participación en diversas reuniones no consta que se apartara publica y expresamente del grupo o manifestara su oposición a ese tipo de prácticas; al contrario, consta su seguimiento y control especifico de terceras empresas incumplidoras y, además, seguía activa en el mismo sector de actividad lo cual permite concluir que su participación era activa y conocía los acuerdos que se estaban adoptando sobre precios. En este aspecto, resulta pertinente la cita de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 , T-Mobile, en cuya parte dispositiva se manifiesta 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 dirigiéndose de forma documentalmente acreditada a los asistentes a la reunión. Igualmente se destacan de la sentencia ya referida del Asunto T-Mobile sus párrafos 53, 61 y 62 que afirman 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"*.

Las consecuencias que este Tribunal extrae de la documentación antes referida es que la recurrente, a pesar de no asistir personalmente a las reuniones del grupo, era considerada un miembro del mismo, recibía sus comunicaciones e informaciones, se sometía a los acuerdos adoptados en el seno del mismo y se la convocaba para sucesivas reuniones. El hecho de que sus relaciones con los demás integrantes no fuera cordial, que se mencionaran por éstos reticencias por parte de la recurrente a las prácticas acordadas, o que ésta intentara abrir nuevos mercados, no desvirtúa el hecho de que estaba en contacto con el grupo, con conocimiento de lo que en las reuniones se trataba. Todo ello con efectos desde 1992, lo que de por si es suficiente, de acuerdo con la jurisprudencia anotada, para entender que forma parte integrante del cártel.

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.

Finalmente, la recurrente intenta convencer de que no pudo formar parte del cartel a partir del año 2007 porque los precios que aplicó en los años 2007, 2008 y 2009 tuvieron un sentido descendente frente a la subida de precios pactados por los miembros del cartel. Afirmación que se apoya en el informe pericial que acompaña a su demanda elaborado por el economista, D. Víctor .

No se acepta esta afirmación. Lo cierto es que el mercado afectado se caracteriza por la relativa estandarización y homogeneidad de los productos, lo que hace que un factor fundamental diferenciado entre oferentes sea el precio por cuanto disminuye la incertidumbre en relación a los precios. De tal modo que aunque no se secunde el incremento de precios, la información sobre la elevación de tarifas de sus competidores más cercanos es un factor relevante a efectos de decidir hasta donde elevar la tarifa propia y, posteriormente, como posicionarse en la negociación, esto es, hasta donde presionar o resistir las presiones de sus clientes, y ello supone una alteración de la normal competencia en el mercado en detrimento de aquellos. Y este tipo de coordinación tiene aptitud para obstaculizar de manera apreciable la competencia.

Como esta Sección ha rechazado la alegación de la recurrente de que dejó de participar a partir de enero de 2007, ello determina que se rechace igualmente su alegación de prescripción al resultar acreditada su participación en los acuerdos examinados a partir del año 2007.

SÉPTIMO. - Resta por examinar las alegaciones formuladas por la recurrente respecto de la proporcionalidad de la sanción impuesta.

Y respecto de la graduación de la multa en nuestra opinión, la resolución ha motivado de manera suficiente, tanto la gravedad de la conducta como su calificación como falta muy grave (acuerdo horizontal de limitación de producción y fijación de precios), así como su duración, los dos parámetros absolutamente insoslayables a que se refiere el artículo 23 del Reglamento 1/2003 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de noviembre de 2000, Asunto Sarrió, C-291/98 , apartados 68 y ss) y cuya falta de justificación puede determinar la declaración de nulidad de la resolución, por insuficiente motivación.

La aplicación de las circunstancias mencionadas en el artículo 64.1 de la LDC , son, esencialmente, parámetros para modular la gravedad de la conducta, tradicionalmente tenidos en cuenta por la jurisprudencia, y que valora y aplica la resolución sancionadora. Éstos pueden operar en beneficio o perjuicio de la infractora, en orden a modular la gravedad de la infracción y justificar, en su caso, el incremento o reducción del porcentaje para calcular el importe básico de la sanción.

No podemos, sin embargo, acceder a los otros motivos de queja invocados por la recurrente, pues la duración de la infracción ha sido correctamente calculada y la no constancia de la existencia de beneficios ilícitos, no es, en sí mismo, un elemento que justifique la reducción de la sanción, pues al contrario, es su constatación la que determina la cuantía mínima de la multa.

A continuación, se analizan las circunstancias modificativas de responsabilidad invocadas por la recurrente.

Si bien para la consumación de una infracción por objeto los efectos de la conducta sobre el mercado son irrelevantes, no lo son en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, perspectiva desde la que se analizan estas alegaciones.

La primera atenuante invocada, consiste en la no aplicación efectiva de la conducta prohibida, prevista en el artículo 64.3 b) LDC . A este respecto debe recordarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Asunto KME, C-389/10 , apartados 75 a 77, que vincula la aplicación de la atenuante por la inaplicación de los acuerdos anticompetitivos, al hecho de que la inaplicación sea total, lo que no ocurre en este caso, en el que a lo sumo, puede apreciarse una distinta intensidad en su aplicación a lo largo de su duración. Sobre la aplicación de los acuerdos no cabe duda, particularmente en la primera fase, habida cuenta de la documentación referente a la forma en que se articulaba el PAM y que ha sido ya objeto de nuestro análisis. El hecho de que determinado acuerdo, en un determinado momento, no se aplicara, resuelta irrelevante a estos efectos.

La segunda se refiere a la indebida aplicación de la circunstancia mencionada en el artículo 64.1 b) LDC , ya que la CNC no ha probado el daño causado a los consumidores, cuestión que ya ha sido tratada anteriormente en sentido adverso a los postulados de la recurrente, pues los acuerdos se aplicaron, aunque fuera parcialmente, y eso determina la existencia de un daño real para el mercado.

Tampoco podemos apreciar como atenuante la supuesta colaboración de la recurrente con la CNC, pues no especifica en qué ha consistido esa cooperación y en qué medida ésta ha ido más allá del deber de cooperación que impone a todas las empresas implicadas el artículo 39 de la LDC . El artículo 64.3.d de la LDC , citado por la recurrente, subraya que la colaboración debe ser activa y eficaz.

Es decir, para la toma en consideración de esta circunstancia como mitigadora de la sanción, deberá justificar el recurrente haber desplegado una actividad que incorpore un valor añadido que facilite los fines de la investigación, y que vaya más allá del simple deber de colaboración que se identifica con la contestación a todos los requerimientos que formule la CNC, la respuesta en plazo y el acompañamiento de los documentos solicitados, obrantes en poder de la empresa investigada, lo que no ha ocurrido en este caso.

OCTAVO.- Finalmente la recurrente refiere que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía.

En este caso la sanción se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados en 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, esta Sección estima y acepta la afirmación de la recurrente de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias. Y ello nos llevan a la estimación del recurso contencioso administrativo pero exclusivamente en este punto y se ordena 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 esa sentencia.

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

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo nº **177/2013**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y en representación de la mercantil "YECFLEX, S.L.", contra la Resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 Espuma de Poliuretano, resolución que agota la vía administrativa y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC a que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia.

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 01/06/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ