Roj: **STS 2128/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2128**

Id Cendoj: **28079130032017100231**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **25/05/2017**
Nº de Recurso: **3600/2014**
Nº de Resolución: **927/2017**
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen relacionados el recurso de casación número 3600/14, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, y por el Procurador D. Victorio Venturini Medina en representación de EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, contra la sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 111/13 , sobre sanción de la CNC. Se han personado como recurridos el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO; el Procurador D. Victorio Venturini Medina en representación de EUROSPUMA SA; y el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiesse en representación de RECTICEL SA y RECTICEL IBERICA SLU.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 111/13, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, contra la resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 (expediente S/342/11 "Espuma de Poliuretano"), por la que se le imponía una sanción de 1.046.000 ? por infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 del TFUE , como autor de una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debía ser calificada de cartel de empresas.

La mencionada resolución de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11 Espuma de Poliuretano) acordó:

«Primero.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de la que son autoras la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR), ESINCA SL, EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS SA Y solidariamente su matriz CORDEX, SGPS, INTERPLAS SL, PAGOLA POLIURETANOS SA, RECTICEL IBÉRICA SL, y solidariamente su matriz POLIURETANOS SA, RECTICEL IBÉRICA SL, y solidariamente su matriz RECTICEL SA, TEPOL SA, TORRES ESPIC SL, y YECFLEX SA consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.

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

-Un millón cuarenta y seis mil euros (1.046.000 ?) a EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA.

Quinto.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, la Sala de instancia dictó sentencia de 24 de julio de 2014 cuya parte dispositiva dice textualmente:

«ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013, y en consecuencia, anulamos la misma exclusivamente en lo relativo a la cuantía de la multa impuesta que deberá reducirse con arreglo a lo declarado en los fundamentos jurídicos 7º y 8º de esta sentencia; desestimando el recurso en todo lo demás.»

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, prepararon recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. Las mencionadas recurrentes se personaron en tiempo y forma y en su escrito de interposición formularon los siguientes motivos de casación:

De EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA (EUROSPUMA)

Primero.- Al amparo del artículo. 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; la sentencia impugnada infringe el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y el artículo 101.1 del TFUE y particularmente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS y del TUE sobre los requisitos exigibles para constatar la existencia de una infracción única y continuada cuando las reuniones a las que asiste un imputado están muy alejadas en el tiempo.

Segundo.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; la sentencia impugnada infringe el artículo 131 LRJPAC, así como la jurisprudencia que lo interpreta, al no aplicar el principio de proporcionalidad en lo que respeta a la ausencia de efectos en el mercado de la conducta de EUROSPUMA.

Tercero.- Subsidiariamente, al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate: la sentencia impugnada infringe el artículo 64.3.b) Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y por el mismo motivo el artículo 131 LRJPAC al no aplicar la atenuante de no aplicación de los acuerdos prohibidos para reducir el importe de la sanción impuesta.

Y termina suplicando a la Sala dicte sentencia:

i) Estimando el primer motivo de casación y case y revoque íntegramente la citada sentencia y declare que EUROSPUMA no cometió una infracción única y continuada en el sentido del artículo 1 LDC y del artículo 101.1 TFUE , y de la jurisprudencia de esta Sala de lo C/A y del TUE, o

ii) Estimando el segundo de los motivos de casación case y revoque parcialmente la citada sentencia y acuerde reducir la sanción impuesta a EUROSPUMA; o

iii) Estimando subsidiariamente el tercero de los motivos de casación case y revoque parcialmente la citada sentencia y acuerde reducir la sanción impuesta a EUROSPUMA.

De la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Único.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia, la sentencia recurrida infringe los artículos 63.1.c) y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con los artículos 3.1 del CC , 1 de la citada LDC, 23.2 del Reglamento CE/1/2003, 25 CE, y la jurisprudencia que cita en el desarrollo del motivo.

Y termina suplicando dicte sentencia por la que, se estime el recurso, case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, declarando la íntegra conformidad a Derecho de la Resolución de la CNC impugnada en la instancia.

CUARTO.- Mediante Auto de 23 de marzo de 2015 la Sala acuerda: No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso propuesta por la parte recurrida Eurospuma Sociedade- Industrial de Espumas Sintéticas SA, y admitir a tramite los dos recursos de casación planteados, remitiéndose las actuaciones a la **Sección Tercera** conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Dado traslado para oposición, se tuvo por evacuado el trámite a la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, y a EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS. y se tuvo por caducado en el trámite a RECTICEL SA Y RECTICEL IBÉRICA SLU.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por el Abogado del Estado y por la mercantil «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA», recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de julio de 2014 , que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha sociedad, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la competencia (CNC), de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11.

Para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas, es conveniente reseñar, aun de forma resumida, los antecedentes del recurso:

La resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 declaró acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la constitución de un cártel en el mercado español de la fabricación y comercialización de espuma flexible de poliuretano para la industria del confort, con adopción de medidas colusorias como acuerdos para la limitación de la producción con el reparto de cuotas y acuerdos sucesivos para el incremento de los precios.

La citada resolución declaró responsables de la infracción a una asociación de empresas de producción de espuma de poliuretano y a diversas empresas del sector, entre ellas a «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA», parte recurrente en este recurso, a la que impuso por su participación en los hechos una sanción de 1.046.000 Euros.

«EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA» interpuso recurso contencioso contra la resolución sancionadora de la CNC ante la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que dictó sentencia estimando en parte el recurso, en el único extremo de la cuantía de la multa, ordenando su reducción con arreglo a lo declarado en los fundamentos jurídicos 7º y 8º de la propia sentencia.

SEGUNDO.- El recurso de casación formulado por la mercantil «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA» se articula en tres diferentes motivos que se formulan al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA .

El primero de los motivos denuncia la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal General de la Unión Europea sobre los requisitos exigibles para constatar la existencia de una infracción única y continuada cuando las reuniones a las que asiste un imputado están muy alejadas en el tiempo.

El segundo de los motivos se sustenta en la infracción del artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común , así como de la jurisprudencia que lo interpreta en lo que se refiere a la ausencia de efectos en el mercado de la conducta de «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA».

Con carácter subsidiario, se formula un tercer motivo de casación en el que se aduce que la sentencia infringe el artículo 64.3 letra b) de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , y el artículo 131 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común , al no tener en cuenta la atenuante de no aplicación de los acuerdos prohibidos para reducir el importe de la sanción impuesta.

TERCERO.- La mercantil recurrente sostiene que se ha aplicado indebidamente la noción de infracción única y continuada respecto a su comportamiento, puesto que su participación en los hechos se limitó a la asistencia a algunas reuniones con sus competidores en los años 2000, 2004 y 2010, como consta acreditado en el expediente y en la sentencia impugnada, que reconoce (y por ello reduce levemente la cuantía de la multa) que la intervención de Eurospuma fue meramente pasiva e irrelevante en el acuerdo. Así, afirma que las asistencias a reuniones tuvo interrupciones de cuatro y seis años, que de las 30 que se celebraron Eurospuma asistió a siete con las interrupciones señaladas entre estas reuniones, siendo así que la participación de Eurospuma en el acuerdo ha sido pasiva y sin que llegara nunca a aplicar los acuerdos. Sin embargo, la sentencia sostiene la participación de Eurospuma en una infracción única y continuada del artículo 1 de la mencionada Ley , sin un análisis de los requisitos necesarios con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal General de la Unión Europea exigibles para configurar una infracción única y continuada.

El motivo debe ser rechazado. Como hemos sintetizado, el núcleo del motivo se dedica a discutir la efectiva comisión de la práctica colusoria, por entender que su limitada participación en las diferentes reuniones y su actitud pasiva no supone la infracción continuada que se le imputa.

Tales alegaciones no se sostienen ante las afirmaciones de la sentencia impugnada, en la que la Sala tiene por acreditada su participación en la conducta colusoria, inclusive el elemento subjetivo. Esto es, en la sentencia se declara la participación de Eurospuma en reuniones en las que se intercambiaba información comercial sensible y se coordinaban precios y estrategias competitivas, hechos declarados en la instancia probados (fundamento jurídico segundo) que no pueden ser revisados en casación.

Y tales hechos probados no se ven alterados por la circunstancia de que se considere acreditada la presencia de Eurospuma en solo algunas de las reuniones celebradas y en intervalos más o menos amplios, pues dichas circunstancias sólo se proyectan, como así ha sucedido, en la graduación de la sanción. La asistencia a menos reuniones que las demás empresas intervinientes en las que se intercambiaba información sobre la situación del mercado y se fijaban incrementos de precios y en fin, la invocada actitud menos activa que otras empresas , no supone *per se* que no incurriese en la infracción única y continuada, en la medida en que la Sala de instancia considera probada su participación en el cártel al que se incorporó en el año 2000 y que, en suma, intervino en la concertación ilegítima en el mercado de espuma flexible para el confort que se venía practicando por las empresas sancionadas durante el período prolongado en el tiempo.

El motivo de casación no logra desvirtuar las razones que ofrece la sentencia recurrida en sus extensos fundamentos jurídicos cuarto y quinto, donde la Sala de instancia explica de manera suficientemente pormenorizada por qué ha de apreciarse que la conducta infractora que se imputa a «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA», ha de calificarse como una infracción única y continuada, dadas las características de las reuniones y los acuerdos alcanzados, la elaboración de una estrategia común y un propósito común que se refiere tanto al reparto de cuotas de producción, como a la fijación de precios que «confiere unidad a la pluralidad de acciones anticompetitivas».Ciertamente, del planteamiento del motivo se desprende que la sociedad acepta la participación en los hechos, si bien, únicamente discrepa de la importancia de tal intervención, lo que no conlleva la exención de su responsabilidad, sino que afecta, en su caso, a las circunstancias modificativas y a la cuantía de la sanción a imponer, pero no sirve de sustento al alegato de inexistencia de infracción de la ley de Defensa de la Competencia.

CUARTO. - El segundo de los motivos de casación se basa en la quiebra del principio de proporcionalidad, pues, en la tesis de la parte recurrente, no se ha tomado en consideración en la resolución impugnada la falta de efectos en el mercado de la conducta desarrollada, que habría justificado la reducción de la sanción impuesta. Considera que la sentencia debía haber valorado la no aplicación de los acuerdos y el papel pasivo de Eurospuma y debió rebajar la sanción en términos plenamente proporcionales a la gravedad de la infracción cometida y a la responsabilidad en la que haya incurrido.

El motivo no puede tener favorable acogida. La resolución sancionadora alude a lo largo de su exposición fáctica y jurídica a varios de los factores que tiene en consideración y que inciden en el importe de la sanción, como es la adaptación de las distintas medidas colusorias en función de las circunstancias del mercado y acuerdos sucesivos para el incremento de los precios realizados a lo largo del tiempo. Igualmente se valora el dato de que alguna de las empresas haya sido más activa o pasiva y sus consecuencias dañina para el mercado. A ellas se refiere de forma expresa el séptimo fundamento de la resolución de la CNC, en el que razona que dada la condición de entrante en el mercado español hubiera podido contribuir a desestabilizar el cartel caso de no aceptar la cooperación con las empresas españolas, de lo que concluye que «su supuesto papel pasivo ha podido ser especialmente dañino».

Por otra parte, la propia Sala de instancia pondera y reduce el importe de la sanción en aras al principio de proporcionalidad en atención a la específica conducta de la recurrente, su grado de implicación en el acuerdo colusorio y su actitud «predominantemente» pasiva en el cartel, minorando la sanción al 8% en lugar del 10% fijado por la CNC. A la vez que excluye la atenuación invocada por razón de la falta de efectos en el mercado, indicando que los efectos se producen «por la propia aplicación de los acuerdos sancionados».

En fin, no puede ser acogido el alegato de la recurrente en sede casacional, en la medida que la actitud pasiva y los efectos en el mercado ya se han ponderado de forma adecuada por la Sala de instancia, que acuerda la rebaja de la sanción impuesta, y tanto en la resolución de la CNC combatida, como la sentencia expresan de forma coincidente que la conducta reprochada ha generado efectos en el mercado español. De modo que no aportan razones distintas a las ya consideradas por la Audiencia Nacional para apreciar que la minoración de la sanción hubo de tener un mayor alcance, como propugna el motivo. Razón por la que cabe rechazar la vulneración de los artículos 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- Tampoco cabe acoger el tercer motivo que se formula con carácter subsidiario a los anteriores y que denuncia la infracción del artículo 64.3, letra b) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y del 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . La infracción se habrá producido -en opinión de la parte- en la no aplicación al caso de la atenuante de «no aplicación de los acuerdos prohibidos» para la reducción del importe de la sanción.

La alegación se sustenta en la mera afirmación de la parte, que se remite a lo razonado en la demanda, sobre dicha circunstancia que - en su opinión- supondría la rebaja de la sanción. La Sala de instancia razona sobre la producción de efectos en el mercado en términos que no han sido desvirtuados en el motivo, que parte de la subjetiva versión sobre la inaplicación de los acuerdos y las consecuencias de la conducta imputada. No obstante, tras la ponderación razonada de la Sala de instancia del conjunto de circunstancias concurrentes, no cabe sino concluir que la alegación del motivo carece de todo fundamento y por ende, el recurso de la mercantil ha de ser íntegramente desestimado.

SEXTO. - El recurso de casación formulado por el Abogado del Estado se articula en un único motivo, en el que por el cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA , se denuncia la infracción de los artículos 63.1.c) y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , en relación con los artículos 3.1 del Código Civil , 1 de la LDC , 23.2 del Reglamento CE/1/2003, 25 de la Constitución y la jurisprudencia que cita en el desarrollo del motivo.

Como hemos expuesto, la sentencia impugnada estimó en parte el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución de la CNC exclusivamente en lo relativo a la cuantía de la multa impuesta, ordenando su reducción con arreglo a lo declarado en sus fundamentos séptimo y octavo, en el que la sentencia impugnada se atuvo, en lo que se refiere a la graduación de la multa, al criterio reiterado de la Sala, recogido entre otras en la sentencia de la misma Sala de 6 de marzo de 2013 (recurso 619/2010), que reprodujo y que en resumen declara: (i) que una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10%, debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007 respecto de las infracciones leves (hasta el 1%), las graves (hasta el 5%) y las muy graves (hasta el 10%), e ii) el volumen de ventas o volumen total de negocios sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción, por lo que, con estimación del recurso, debía aplicarse la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio 2012.

La Sala de instancia, considera también que no se han valorado adecuadamente por la CNC la concreta participación de «EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA» en el acuerdo sancionado, «particularmente el papel predominantemente pasivo en la conducta sancionada tal como expresamente reconoce la CNC» y concluye «que atendidas las circunstancias se estima procedente la reducción al 8% en lugar del 10%» con la consiguiente estimación del recurso en ese extremo.

El Abogado del Estado sostiene en su único motivo del recurso de casación que la sentencia impugnada realizó una interpretación y aplicación de los artículos 63.1.c) y 64 de la LDC contraria a derecho, pues la mención del artículo 63 LDC a la multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, no constituye la expresión de un porcentaje o tipo máximo aplicable según la graduación de las circunstancias del caso, sino un tope máximo a la sanción que resulte de la aplicación del artículo 64 LDC , y que la metodología seguida por la resolución de la CNC, que ha sido detallada en su Comunicación de 6 de febrero de 2009, tiene en cuenta todos los criterios del artículo 64 LDC y aplica correctamente el límite máximo del 10% establecido en el artículo 63 LDC , poniéndolo en relación con el volumen total de negocios de la empresa infractora, sin que exista base para sostener la interpretación de la sentencia recurrida que refiere dicho porcentaje al mercado afectado por la conducta infractora.

La representación de la sociedad recurrida, con cita de la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), señala que el porcentaje sobre el volumen de negocios del artículo 63 LDC , debe ser utilizado como cifra máxima de la escala o arco sancionador, dentro de la cual se ha de situar la multa en función de la gravedad de la conducta, sin que constituya un umbral de nivelación a aplicar con posterioridad sobre el importe de la multa determinado conforme a criterios que permitan fijar un importe base mayor, y que el volumen de ventas o volumen de negocios total está referido al volumen de negocios en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

La sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2015), que cita la parte recurrida, reiterada por numerosas otras posteriores, rechazó el primer grupo de argumentos del Abogado del Estado, que defienden la conformidad con los artículos 63 y 64 LDC de la metodología para la cuantificación de las sanciones, detallada en la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 (BOE 11 de febrero de 2009).

Como señalábamos en la citada sentencia, la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugna la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 , implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, a esta cifra se aplica ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, y solo en una tercera fase se ajusta -cuando proceda- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC , lo que implica, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC , que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa.

Sin embargo, el motivo debe prosperar en lo que se refiere a la limitación que efectúa la sentencia a la facturación de la empresa recurrente respecto del mercado afectado, en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, que en este caso es el ejercicio 2012, pues como sostiene el Abogado del Estado, las referencias que efectúa el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

Así resulta del criterio jurisprudencial de esta Sala expresado en la repetida sentencia de 29 de enero de 2015 y posteriores, que señalan que «compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica»

Añade la sentencia que seguimos que «la expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen».

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

SÉPTIMO.- La estimación del recurso en estos limitados términos obliga a esta Sala a resolver, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la LJCA , lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate.

Según lo que hemos razonado en esta sentencia, procede el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), que imponga de nuevo la sanción pecuniaria, de conformidad con las declaraciones de los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada en lo que se refieren a la aplicación de la sanción en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de los artículos 63 y 64 LDC de las multas debidamente motivados, y la declaración de nulidad de la resolución recurrida se limita al extremo en el que ordena atender como referencia al importe de "la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado" del año 2012, pues la referencia debe hacerse al importe del volumen de ventas o volumen total de negocio en el año 2012 de la sociedad recurrente, tal y como ha sido interpretada dicha expresión en esta sentencia, y sin que obviamente la sanción que resulte pueda exceder de la impuesta en la resolución sancionadora impugnada.

OCTAVO.- En lo que se refiere a las costas, por disposición del artículo 139.2 LJCA , en relación con el recurso de casación planteado por LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO no procede hacer pronunciamiento expreso de las costas causadas en el proceso de instancia ni en casación.

Ahora bien, desestimado el recurso de casación planteado por EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, procede la expresa condena en costas de su recurso de casación, y de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del citado artículo 139, atendiendo a la índole del asunto y a la distinta actividad desplegada por las partes recurridas en el trámite de oposición, la condena en costas no debe operar en favor de Recticel SA ni Recticel Ibérica SLU, pues ya vimos en el antecedente quinto que esta parte recurrida no formalizó oposición a los recursos; y en cuanto a la otra parte recurrida Administración General del Estado, la cuantía de la condena en costas a la parte recurrente debe quedar limitada a la cifra de cuatro mil euros (4.000 ?) por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **Primero.-** HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, anulando la sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 111/2013 , en lo que se refiere a la interpretación que la Sala de instancia hace de la expresión *"volumen de negocios total"* **Segundo.** - Procede mantener la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013 (S/0342/11 Espuma de Poliuretano), que anulamos por su disconformidad a derecho, en el único extremo referido a la cuantificación de la multa, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de las multas debidamente motivados, con exclusiva referencia al volumen de negocios total de EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA en el año 2012, en el sentido indicado en el FJ Séptimo de esta sentencia, confirmando la citada resolución en todo lo demás. **Tercero** .- NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por EUROSPUMA- SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA. **Cuarto.** - Con imposición de costas a EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS SA, de las causadas en su recurso, en los términos indicados respecto a la determinación del límite máximo de su cuantía.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente, Excma. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ