

Roj: **STS 1871/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1871**Id Cendoj: **28079130032017100196**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **16/05/2017**Nº de Recurso: **3422/2014**Nº de Resolución: **853/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3454/2014,**
STS 1871/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **3422/2014**, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 23 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 176/2013, sobre sanción por infracción del artículo 1 Ley de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que ha intervenido como parte recurrida Tepol S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose María del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 23 de julio de 2014, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos en esa medida el acto impugnado. La cuantía de la sanción se fija en un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, aumentado con el factor de duración tal como resulta establecido en la resolución impugnada, sin que la cantidad resultante pueda sobrepasar el 10% del volumen de ventas de la recurrente en el mercado afectado. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. »

Aclarada por auto de 12 de septiembre de 2014, en los apartados que ahora se indican:

« 1º. Se fija la cuantía del presente procedimiento en 997.000 euros .

2º. Se fija el volumen de negocios de TEPOL S.A. en 2012 en 2.268.310,67 euros. »

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Administración General del Estado, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 6 de octubre de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 28 de noviembre de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta sala que dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida, y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución administrativa.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó por escrito de 11 de junio de 2015, en el que solicitó a la Sala que desestime el recurso, manteniendo la estimación parcial acordada por la Audiencia Nacional en su sentencia dictada en el recurso núm. 176/2013, en cuanto declaraba la nulidad de la sanción impuesta a TEPOL y ordenaba que la misma se impusiera conforme a Derecho, para lo que se insta a la Sala para que aplique los artículos 6.3 y 6.4 de la LDC conforme a los criterios citados por la recurrente en su escrito de oposición.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2014, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Tepol S.A., aquí parte recurrida, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11, Espuma de Poliuretanos).

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

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 Tepol S.A., parte recurrida en este recurso, a la que impuso por su participación en los hechos una sanción de 997.000 euros.

Tepol S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución sancionadora de la CNC ante la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que en la sentencia impugnada en este recurso de casación estimó en parte el recurso, en el único extremo de la cuantía de la multa, que fijó en un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, aumentado con el factor de duración tal y como resulta establecido en la resolución impugnada, sin que la cantidad resultante pueda sobrepasar el 10% del volumen total de ventas de la recurrente en el mercado afectado, confirmando el acto impugnado en los restantes extremos, y sin imposición de costas.

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

La representación de la sociedad recurrida solicitó en su escrito de oposición la desestimación del recurso de casación, con confirmación de la estimación parcial acordada en la sentencia impugnada, en cuanto declaró la nulidad de la sanción impuesta a Tepol y ordenó la imposición de la misma conforme a derecho, y asimismo solicitó la parte recurrida a la sala que aplique los artículos 63 y 64 de la LDC conforme a los criterios formulados en el escrito de oposición al recurso, en el que efectuó diversas consideraciones de crítica y disconformidad con la sentencia impugnada, en aspectos tales como las ventas internas, que considera no justificadas por la sentencia impugnada en relación con el ejercicio 2012, la reducida cuota de mercado que estima debe ser ponderada a la hora de cuantificar la sanción, o la concurrencia de otras atenuantes respecto de cuya valoración la sentencia impugnada incurrió en incongruencia omisiva (por lo que estima que debe anularse la sentencia), como la ausencia de efectos acreditados y de beneficios para la recurrente de la conducta imputada, o la pasiva y muy limitada participación de la recurrente en las reuniones que se citan en la resolución de la CNC.

Rechazamos las alegaciones de la parte recurrida en lo que excedan de la oposición al recurso de casación que corresponde a la posición procesal en la que interviene en este recurso.

TERCERO.- Esta Sala se ha pronunciado en sentencias de 5 de febrero de 2015 (1567/2014) y 30 de enero de 2017 (recurso 3746/2014), sobre las cuestiones que plantea el recurso de casación del Abogado del Estado,

en recursos que tenían en su origen la misma resolución sancionadora de la CNC de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11).

La sentencia impugnada de la Audiencia Nacional 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 fijación con arreglo a lo declarado en el FJ 8º, en el que la sentencia impugnada mantuvo las dos siguientes conclusiones: (i) 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%), y 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, en el ejercicio anterior al de la resolución de la CNC, de lo que resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta fue anulada por la sala de instancia, fijando como límite máximo el 10% del volumen de ventas de la empresa recurrente en el mercado afectado.

Como antes se ha dicho, con posterioridad a su fallo la sala sentenciadora aclaró la sentencia impugnada, por auto de 12 de septiembre de 2014, indicando, entre otros extremos, que el volumen de negocios de Tepol S.A. en 2012 fue de 2.268.310,67 euros.

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 sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), 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.

CUARTO.- La estimación del recurso del Abogado del Estado en los limitados términos que se han expresado, 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 del FD 8º 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 las multas de los artículos 63 y 64 LDC debidamente motivados, de manera que la declaración de nulidad de la resolución recurrida se limita al extremo del fallo en el que ordena atender como referencia al "volumen de ventas afectado por la infracción", pues la referencia conforme a derecho debe hacerse al 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.

QUINTO.- Por disposición del artículo 139.2 LJCA , no procede la imposición de costas, al haberse estimado en parte el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Ha lugar al presente recurso de casación número **3422/2014**, interpuesto por la representación procesal de la Administración General del Estado, contra la sentencia de 23 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 176/2013 , que se anula en lo que se refiere a la interpretación que la sala de instancia hace de la expresión "volumen de negocios total". Procede mantener la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal Tepol S.A., 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 Tepol S.A. en el año 2012, en el sentido indicado en el FJ Cuarto de esta sentencia, confirmando la citada resolución en todo lo demás. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y votos particulares por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.