

Roj: **STS 230/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:230**Id Cendoj: **28079130032017100039**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **30/01/2017**Nº de Recurso: **3746/2014**Nº de Resolución: **128/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3481/2014,**
STS 230/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **3746/2014**, interpuesto por la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 147/2013, sobre infracción de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida INTERPLASP S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, con la asistencia letrada de don Salvador Román Colomer.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 24 de julio de 2014, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

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

Sin expresa imposición de costas .»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Administración 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 18 de septiembre 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 29 de diciembre 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 estime este recurso, case y anule la sentencia recurrida en punto a la cuestión debatida y, en su lugar, dicte nueva sentencia que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, declarando la íntegra conformidad a derecho de la resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, dictada en el expediente S/0342/11, "espuma de poliuretano", impugnada en el proceso de instancia.



CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó por escrito de 28 de julio de 2015, en el que solicitó la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del estado, con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 24 de enero de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone 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 INTERPLASP S.L., aquí parte recurrida, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 28 de febrero de 2013.

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 INTERPLASP S.L., parte recurrida en este recurso, a la que impuso por su participación en los hechos una sanción de 805.000 euros.

INTERPLASP S.L. interpuso recurso contencioso 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, ordenando su reducción con arreglo a lo declarado en el FJ 8º de la propia sentencia.

SEGUNDO.- El recurso de casación 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, 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.

TERCERO.- 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 el FJ 8º, 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%), 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, por lo que, con estimación del recurso, debía aplicarse la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio 2012.

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.

CUARTO.- 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 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 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.



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, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar haber lugar al presente recurso de casación número **3746/2014**, interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado, contra la sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 147/2013 , que se anula en lo que se refiere a la interpretación que la Sala de instancia hace de la expresión "*volumen de negocios total*". Procede mantener la estimación parcial del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal INTERPLASP S.L., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013 (S/0342/11 Espuma de Poliuretano), que anulamos por su 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 INTERPLASP S.L. en el año 2012, en el sentido indicado en el FJ Cuarto de esta sentencia, confirmando la citada resolución en todo lo demás. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección 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 fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.