Roj: **SAN 3481/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3481**

Id Cendoj: **28079230062014100449**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **24/07/2014**
Nº de Recurso: **147/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3481/2014,**
STS 230/2017

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la ***Sala de lo Contencioso-Administrativo*** de la Audiencia Nacional y bajo el número 147/2013 se tramita a instancia de la entidad **INTERPLASP, S.L.,** representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 28 de febrero de 2013, sobre ***sanción*** **por prácticas restrictivas de la Competencia;** y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandadas** las sociedades **RECTICEL S.A. Y RECTICEL IBERICA SLU** , entidades representadas por el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 18 de abril de 2013, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SOLICITO, que mediante la presentación de este escrito y sus copias se tenga por deducida la demanda en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de fecha 28 de febrero de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente n° NUM000 , por la que se declara a "Interplasp, S.L." autora, entre otras, de una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado, calificada de cartel de empresas, para que, previos los trámites legales oportunos, se dicte en su día sentencia estimatoria por la que se declare que la misma no es conforme a derecho, ordenando su anulación, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Sentencia por la que se desestime el presente recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la demandante."*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 8 de octubre de 2013 se dió traslado al Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese.., en representación de las entidades codemandadas RECTICEL S.A. Y RECTICEL IBERICA SLU para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*" **A LA SALA SUPLICO** : Que tenga por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tener por evacuado el trámite conferido y por formulada la contestación a la demanda y que, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que desestime el presente recurso contencioso-administrativo, confirmando la resolución recurrida."*

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 12 de noviembre de 2013 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 27 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo el día 3 de junio de 2014. Se dejó sin efecto y se señaló para el 15 de julio de 2014 a fin de deliberar el asunto junto con los otros conexos interpuestos por otras empresas sancionadas por la misma resolución administrativa objeto del presente recurso, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. Dª MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente NUM000 *"Espuma de Poliuretano"* , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO **.** Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de la que son autoras la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR), ESINCA, S.L., EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L., FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S., INTERPLASP, S.L., PAGOLA POLIURETANOS, S.A., RECTICEL IBÉRICA, 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 cartel de empresas.

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

- Doscientos cincuenta mil euros (250.000€) a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR).

- Un millón cuarenta y seis mil euros (1.046.000€) A EUROSPUMA-SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A.

- Dos millones seiscientos sesenta y un mil euros (2.661.000€) a FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y a su matriz COPOFOAM, S.L. de los que esta última es responsable solidaria hasta un importe de 2.641.000€.

- Siete millones quinientos setenta y cinco mil euros (7.575.000€) a FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente a su matriz CORDEX, S.G.P.S.,

- **Ochocientos cinco mil euros (805.000€) a INTERPLASP, S.L.,**

- Un millón veinte mil euros (1.020.000€) a PAGOLA POLIURETANOS, S.A.,

- Nueve millones trescientos cincuenta y ocho mil euros (9.358.000€) a RECTICEL IBÉRICA, S.L. y a su matriz RECTICEL, S.A. de los que esta última es responsable solidaria hasta un importe de 8.829.000 €

- Novecientos noventa y siete mil euros (997.000€) a TEPOL, S.A.,

- Un millón novecientos setenta mil euros (1.970.000€) a TORRES ESPIC, S.L. y

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

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

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

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

El Consejo de la CNC considera que han existido unas prácticas -que se describen en la propia Resolución en los términos que a continuación veremos- una infracción única y continuada, constitutiva de un **cártel de empresas** prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE .

INTERPLASP, S.L. (INTERPLASP) es una empresa española constituida en julio de 1987, que se dedica a la compra y venta de material para tapicería así como tejidos de todas clases y la fabricación de productos químicos y plásticos, especialmente, espumas de poliuretano a medida y según el modelo solicitado y diseñado por el cliente para la fabricación de muebles tapizados. No pertenece a ningún grupo empresarial, siendo una empresa familiar. INTERPLASP pertenece a ASEPUR desde 1993, siendo uno de sus propietarios el que asiste a las reuniones de dicha asociación, con carácter general (folios 2962 a 2964)

2 . Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información facilitada por RECTICEL en su solicitud de exención, la información aportada por FLEX 2000 en su solicitud de reducción presentada con carácter previo a las inspecciones, la documentación recabada en las inspecciones realizadas el 16 de febrero de 2011 por la CNC en ESINCA, INTERPLASP, PAGOLA, TEPOL y TORRES ESPIC y por la Autoridad de Competencia portuguesa en EUROSPUMA, FLEXIPOL y FLEX 2000 y remitidas a la CNC en aplicación del artículo 12 del Reglamento del Consejo 1/2003 , la información aportada por FLEXIPOL con posterioridad a éstas, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizadas a las empresas incoadas.

La DI realiza la siguiente síntesis de la conducta que ha quedado acreditada:

(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 19925, 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, Edemiro , 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 competidoras en las sedes de las empresas inspeccionadas.

Las reuniones celebradas en el ámbito del cártel que la DI ha podido acreditar son las siguientes:

1992: Reunión de ASEPUR el 23 de enero de 1992, reunión de ASEPUR el 29 de mayo de 1992 en la sala de juntas de ANAIP2, reunión de ASEPUR de 9 de septiembre de 1992, reunión de ASEPUR de 6 de octubre de 199214, reunión de ASEPUR de 17 de diciembre de 1992.

1993: Reunión de ASEPUR de 1 de abril de 1993, reunión de ASEPUR de 5 de mayo de 1993, reunión ASEPUR de 26 de mayo de 1993 en el Hotel Cuzco de Madrid.

1995: Reunión de ASEPUR de 20 de diciembre de 1995, reunión de ASEPUR el 15 de junio de 1995 en el Hotel Sidi Saler de Valencia.

1996: Reunión de ASEPUR del 16 de enero de 1996.

1998: Reuniones de ASEPUR de Noviembre de 1998 y del 17 de diciembre de 1998.

***2000:** Reunión de ASEPUR de 21 de diciembre del año 2000, reunión de 19 de julio de 2000, en el Hotel Meridien de Oporto (Portugal) entre productores españoles y portugueses y reunión de ASEPUR de 26 de julio de 2000.*

***2002:** Reunión de ASEPUR de 14 de marzo de 2002: Reunión de ASEPUR de 17 de julio de 2002, Pleno Extraordinario de ASEPUR prevista para el día 11 de noviembre de 2002.*

***2004:** Con fecha 17 de junio de 2004 reunión de ASEPUR, reunión de ASEPUR el 15 de julio de 2004, reunión de ASEPUR de 8 de septiembre de 2004, reunión de ASEPUR de 1 de diciembre de 2004, reunión de 2 de diciembre de 2004 en la ciudad de Salamanca de los productores españoles y los portugueses.*

***2005:** Reunión de ASEPUR de 19 de enero de 2005.*

***2007:** Reunión de ASEPUR del 9 de julio de 2007, reunión de ASEPUR del 20 de diciembre de 2007.*

***2008:** Reunión de ASEPUR el día 26 de junio de 2008, reunión de ASEPUR el día 18 de Julio de 2008 Reunión de ASEPUR de 4 de septiembre de 2008.*

***2009:** En septiembre del año 2009 se produjo una reunión de ASEPUR de la que consta en el expediente un informe interno de TEPOL redactado con fecha 18 de septiembre de 2009*

***2010:** Reunión de ASEPUR de enero, reunión de ASEPUR de 22 de abril, de 1 de junio, de 13 de julio y de 21 de diciembre de 2010*

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), Edemiro , 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, Edemiro , 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.

3 . La Resolución impugnada considera que las prácticas descritas constituyen una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel de empresas y prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE .

Y concretamente considera a la hoy recurrente, INTERPLASP, S.L. responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el **1 de abril de 1993** -primera reunión en la que se constata su participación y en la que se trataron cuestiones relacionadas con los acuerdos- hasta el **16 de febrero de 2011.**

La hoy actora articula en su demanda los siguientes motivos de recurso:

- Ausencia de prueba sobre su participación en la infracción.

- Existencia de coacciones por parte de otra empresa. Sostiene que no se puede identificar la mera pertenencia a ASEPUR con la pertenencia al cártel. Subraya la presión a que dice haber sido sometida por Recticel para incorporarse a las maniobras proscritas.

- También entiende que existen dos conductas diferenciadas ocurridas en períodos de tiempo también distintos (una hasta el año 2000 y otra desde el año 2001 a 2010); alegando prescripción respecto a la primera.

- Limitación de la sanción a la actividad dedicada a la fabricación y venta del poliuretano en bloque.

- Procedencia de la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 64.3 b) de la LDC , así como existencia de otras circunstancias atenuantes.

El Abogado del Estado se opone a todas y cada una de las alegaciones actoras y solicita en su contestación a la demanda la desestimación del recurso.

4. La CNC en su Resolución declara probada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC , consistente en unas prácticas colusorias de fijación de precios y reparto de mercado que se califica como cártel de empresas y por la que se imponen diversas sanciones a las empresas participantes, en concreto a INTERPLASP, S.A., una sanción de 805.000 euros como responsable de la infracción.

Insiste la parte actora en su demanda en la ya alegada en vía administrativa falta de prueba de su participación en la infracción. En particular, la actora argumenta que no se puede equiparar la pertenencia a ASEPUR (en cuyas reuniones se discutían, según la recurrente *"asuntos lógicos y lícitos"*) a la participación en el cártel.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Sin embargo, y frente a lo que en la demanda se alega, las prácticas anticompetitivas sancionadas han quedado plenamente acreditadas en el expediente a tenor del extenso acervo probatorio valorado por la CNC en su resolución y, en concreto, la participación de INTERPLASP, prueba que no sólo resulta de toda la información obtenida a través de las solicitudes de clemencia sino que ha sido corroborada por otras pruebas documentales (la denominada carpeta ASEPUR, las actas de las reuniones celebradas y diversa documentación hallada durante las inspecciones a diversas empresas, entre ellas a la hoy actora) y que corroboran tales declaraciones, amén de las propias declaraciones de diversas empresas, sin perjuicio de que puedan discrepar de la calificación jurídica de los hechos.

En efecto, y tal y como se alega por el Abogado del Estado y por las Codemandadas, se observa en la resolución recurrida la constancia pormenorizada de todas las fuentes de conocimiento que acreditan los hechos, siendo múltiples esas fuentes, por lo que no cabe hablar de apreciación parcial de la información de las solicitudes de clemencia, pues la condición de la CNC se ha basado en una información ciertamente amplia.

En este contexto, INTERPLASP argumenta que las declaraciones de los solicitantes de clemencia deben valorarse con prudencia, dado que, en particular la CNC ha reconocido que los solicitantes de clemencia poseían una cuota de mercado del 70% y son competidores directos de las otras compañías implicadas en el expediente.

Pues bien, en relación con el valor probatorio de las solicitudes de clemencia que la CNC reconoce explícitamente en su resolución, hemos de decir que dicha valoración viene respaldada por reiterada jurisprudencia de los Tribunales Europeos que incluso han venido considerando tales pruebas como *"especialmente fiables"* (Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea Lafarge/Comisión y, más recientemente, Sentencia Imperial Chemical Industries LTD./Comisión Europea) otorgando, sin duda, especial valor a los datos aportados en las declaraciones realizadas por las empresas en el marco del programa de clemencia.

En consecuencia, tampoco este otro motivo de recurso puede prosperar.

En tercer lugar, la recurrente argumenta que habría estado sometida a presión por parte de RECTICEL para que participase en las prácticas prohibidas; así se dice que esta última se habría erigido en encargada de establecer los precios mínimos y habría exigido incrementos de precios bajo la amenaza de desiquilibrar el mercado, presionando a los fabricantes de materias primas para que no vendieran a los pequeños productores de espuma.

Pero de nuevo nos encontramos con que las alegaciones actoras carecen de un mínimo apoyo probatorio, antes bien existen numerosas pruebas en el expediente que acreditan lo contrario. En este sentido, y amén de aparecer injustificada la alegada coerción, resulta que la conducta sancionada se inició mucho antes de la entrada de RECTITEL en el mercado español y continuó después de que la misma hubiera puesto fin a su participación en los acuerdos con competidores, en julio de 2010. Así resulta que RECTITEL comenzó a participar en las prácticas prohibidas durante el primer trimestre de 2001, cuando ya el cártel había estado en funcionamiento desde hacía varios años y en el que los fabricantes portugueses, empresas que no eran miembros de ASEPUR, ya participaban en los acuerdos de escritos, al menos desde el 19 de julio de 2000. Además, y en cualquier caso, no existe prueba alguna que acredite que las empresas supuestamente obligadas a participar en las prácticas descritas en la Resolución, hubieran expresado públicamente su intención de abandonar el cártel durante ese período. Y, por último, los documentos obrantes en el expediente administrativo y, en particular, los informes confidenciales sobre las discusiones sobre precios y su implementación *"en los términos aceptados por el grupo"* , demuestran que, en definitiva, las discusiones en el seno del cártel en cuestión y, particularmente, los acuerdos de fijación de precios fueron el resultado de los debates en el seno del grupo, y no de las opiniones impuestas por una determinada empresa.

A continuación la demandante señala que existen pruebas en el expediente que evidencian que no se atuvo a los acuerdos prohibidos.

Frente a tal alegación, consta en el expediente que los acuerdos fueron implementados. Así tanto respecto al reparto de mercado que, con una duración inicial de tres años fue prorrogado y, tras siete de duración, cuando se hizo balance del mismo en el sendo de la Asociación, se calificó de éxito. Y respecto a los incrementos de precios, ha de llegarse a la misma conclusión a la vista de la documentación obrante en el expediente como la relativa a las cartas remitidas a los clientes, reuniones de seguimiento y llamadas entre sí para verificar si los incrementos se habían practicado. La propia constancia de que se logra atraer a las empresas portuguesas a los acuerdos es prueba de su despliegue. Cuestión distinta es que alguna de las partes se haya alejado en algún momento concreto de la toma de acuerdo o las situaciones de crisis por las que atravesó el cártel en algún momento, pero ello no puede enervar la acreditada participación de la actora y la distorsión de la competencia en el mercado.

5 . La actora también alega que existen dos prácticas colusorias diferentes, en lugar de una infracción única y continuada, habiendo operado la prescripción respecto de la conducta referida al primer período. Se refiere al período que transcurre hasta el año 2000 (el llamado *"Plan de Actuación Medioambiental PAM"* .

Pero tampoco esta alegación puede prosperar.

En relación con el carácter o no de continuada de una infracción administrativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) analiza un supuesto de infracción del que ahora es art. 101 TFUE en el que el Tribunal de Primera Instancia había considerado la existencia de una infracción continuada, y sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

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

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

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

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

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

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de marzo de 2008 , igualmente dictada en materia de Derecho de la Competencia, recuerda en primer lugar que hay que distinguir entre lo que es la mera apreciación de los hechos a la luz de las pruebas practicadas, y lo que es la calificación jurídica de la conducta infractora una vez establecidos los hechos probados. Y en segundo lugar, centra el eje de la valoración de la conducta en la unidad de designio o designio común: dice el Alto Tribunal, y esta Sala considera que es precisamente lo que ha ocurrido en este supuesto que " *los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material* " (en aquel caso a la fijación de tarifas en este a la fijación de condiciones comerciales).

Continuando con los razonamientos de dicha sentencia, el Alto Tribunal recuerda que " *El artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo y corresponde a los tribunales de instancia, a la vista de las pruebas aportadas, determinar si dicho plan existió o no.* "

Y termina señalando:

" *Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a) de la Ley de Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial -en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí.*

La mera circunstancia de que el acuerdo colusorio se concrete en previsiones aplicables de manera detallada a diversos tipos de operaciones de transporte por carretera (contenedores, carga general, carga completa, camiones basculantes) en relación con el puerto de Bilbao y en función de las distancias aplicables, dicha circunstancia, decimos, en nada obsta al carácter unitario del acuerdo mismo ni a la calificación de la conducta infractora como continuada, a los efectos del repetido artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto ."

El análisis de la conducta enjuiciada a luz de estas precisiones jurisprudenciales permite concluir que la CNC ha calificado la conducta correctamente como infracción continuada porque:

-. Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva en cuanto a su actividad empresarial en el mismo sector) participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de sus productos. Hay un plan común para limitar el poder negociador de los clientes tratando de imponerles condiciones comerciales.

-. La armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.

-. Las actuaciones presentan un vínculo de complementariedad: se ha acreditado que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia y contribuyen, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia que se han producido o pueden producirse. Las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar.

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, " *intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo* " (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

Tal es el caso de la conducta de la empresa actora, dadas las características de las reuniones celebradas y de la información intercambiada, tal y como son analizadas por la CNC en la resolución enjuiciada. La CNC expresamente razona que lo relevante es la elaboración de una estrategia común, la contribución a esta estrategia, y la correspondiente participación en la infracción. Por lo tanto ha quedado acreditada la existencia de un propósito común que confiere unidad a la pluralidad de acciones anticompetitivas llevadas a cabo por, entre otras, la empresa actora.

En todo caso, es preciso recordar que no se trata de que, como pretende la recurrente, sean analizadas las actuaciones de forma aislada y separada, como si solo se hubiese llevado a cabo una, pues lo relevante es el conjunto, la reiteración, la aportación en cada ocasión de elementos que van completando esa imagen de lo que serán las condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos.

En cuanto al tiempo en que se desarrolla la conducta, el propio Tribunal General en la sentencia de 27 de junio de 2012 estableció que la proximidad temporal puede no incidir en la valoración de una infracción como continuada:

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

En relación con la supuesta inexistencia de unidad de sujetos activos se ha acreditado que la conducta enjuiciada fue llevada a cabo tanto por la Asociación como por los empresarios asociados, participando en los intercambios de información y que como señaló el Tribunal General en la sentencia dictada el día 16 de junio de 2011 (asunto T-240/07 Heineken) *"cuando una empresa ha asistido, aun sin desempeñar un papel activo, a una reunión durante la cual se ha evocado una concertación ilícita, se considera que ha participado en dicha concertación, a menos que pruebe que se apartó claramente de ella o que informó a los demás participantes de que tenía intención de asistir a la reunión de que se tratara con una óptica distinta de la suya"*.

Por último, existe homogeneidad en el modus operandi utilizado para llevar a cabo la conducta, pues aunque los métodos empleados son en ocasiones diferentes, la homogeneidad viene dada como se ha razonado más arriba, por la unidad de fin de dichos comportamientos.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto y a la vista de las evidencias de las reuniones mantenidas desde la interrupción del PAM, debemos concluir la inexistencia de interrupción en la conducta sancionada así y, en consecuencia, desestimar la prescripción alegada.

7. El cálculo de la multa se motiva por la CNC en el *"séptimo"* Fundamento de su Resolución, considerando la infracción muy grave y estando para su cálculo a lo dispuesto en los artículo 61 a 64 de la LDC .

Se toma en consideración que las conductas afectan a las ventas de espuma de poliuretano flexible para confort y es esta la variable que debe tenerse en cuenta a efectos del cálculo del importe básico de la sanción.

La hoy actora ha venido considerando que el mercado de producto es el de las espumas flexibles para la industria del confort que se suministra en bloques, por lo que el importe de la sanción deberá imponerse sólo sobre la facturación de **espuma de poliuretano en bloque** .

Sin embargo, la CNC considera que el volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción es el correspondiente al volumen de ventas antes de impuestos de espuma de poliuretano flexible para confort realizadas en territorio español por cada una de las empresas y, en su caso, del grupo empresarial al que pertenezca la empresa, a lo largo del período de infracción que se les haya imputado.

Y sobre los volúmenes de negocios aportados en la documentación de las partes se aplicaron los correspondientes coeficientes temporales obteniendo aplicando al volumen de ventas afectado ponderado por dichos coeficientes un porcentaje que, en casos de cártel, no se considera inferior al 10%.

La CNC considera que el tipo a aplicar dada la naturaleza de la infracción y su alcance debe ser del 10%. De esta forma, el importe básico de la sanción para cada una de las empresas fue el siguiente:

ESINCA 314

EUROSPUMA 1.046

FLEXIPOL 2.809

FLEX 2000 7.575

INTERPLASP 3.312

PAGOLA 3.179

RETICEL 9.358

TEPOL 2.397

TORRES 5.373

YECFLEX 1.537

A la hora de considerar atenuantes y agravantes, la CNC tiene en cuenta que los acuerdos se han implementado; así tanto con respecto al reparto de mercado como en relación a los incrementos de precios.

También a la hoy actora, entre otras empresas, le aplica el límite del artículo 63.1 c) de la LDC que establece que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con **multa hasta del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa** (en este caso el ejercicio 2012), siendo, finalmente, la sanción impuesta a la recurrente de 805.000 euros.

La duración en el tiempo de la infracción se ha calculado correctamente por la CNC: se trata de una infracción continuada y, en consecuencia, la duración de la misma se extiende desde la fecha en que tuvo lugar la primera reunión hasta que finalizó la conducta. En cuanto a la alegación relativa a la falta de producción de efectos el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 2012 TOMRA razona que:

"104 Conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha juzgado reiteradamente que la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que las decisiones relativas a otros asuntos sólo tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones (véanse las sentencias de 21 de septiembre de 2006 , JCB Service/Comisión, C-167/04 P, Rec. p. I-8935, apartado 205, y de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P , C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 233).

105 Así pues, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política de la competencia de la Unión, que sigue estando definida únicamente por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1) (véase en ese sentido la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C- 202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 227).

106 En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la aplicación eficaz de esa política exige que la Comisión pueda adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política (véase la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109).

107 Es oportuno añadir que la gravedad de las infracciones tiene que apreciarse en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio (véase la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. I-4411, apartado 33). "

Esta doctrina es plenamente de aplicación en este supuesto concreto: en la resolución impugnada se señala que " *en la medida en que los acuerdos se han aplicado efectivamente a lolargo del tiempo con mayor o menor éxito, no cabe duda que han debido tener ciertos efectos, no obstante no se pueden considerar acreditados.... En todo caso la falta de acreditación de efectos no afecta a la calificación de la conducta puesto que estamos en una infracción por objeto. Pero si debe tenerse en cuenta como dice el artículo 64, a la hora de graduar el importe de la sanción y no como una atenuante como pretenden las partes* ".

Pues bien, como ya hemos dicho, resulta acreditado que los acuerdos fueron implementados y, por tanto, no se aprecia la atenuante prevista en el artículo 64.3 b) LDC alegada.

Por otra parte, el importe de las sanciones se ha fijado en este caso teniendo en cuenta (artículo 64.1 a) y b)) la dimensión y características del mercado afectado por la infracción y la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, en el caso de la actora no superior al 10% y teniendo en cuenta el volumen de negocios de la empresa antes del IVA total y en España correspondiente al ejercicio 2012.

La empresa ahora actora proporcionó los datos sobre los que se ha calculado la multa, y si bien ahora aporta otros diferentes, no justifica por qué en el momento en que fue requerida por la CNC para aportar datos sobre su facturación correspondiente a la producción de espuma de poliuretano en sus distintos aspectos dio una información y ahora da otra, falta de justificación que impide a esta Sala concluir, como pretende la recurrente, que la CNC haya actuado arbitrariamente, siendo así que, por el contrario, se ha atenido a la justificación del mercado geográfico así como el de producto que no es otro que el de la **producción de espuma de poliuretano flexible para confort** que incluye, por tanto, tanto la espuma en bloque como la espuma moldeada.

8. Por último, nos atendremos, por lo que hace a la graduación de la multa, al criterio reiterado de la Sala (SSAN de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010 , entre otras).

Así hemos declarado:

"OCTAVO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. No entendemos por ello necesario someter a las partes tales cuestiones, pues constituyen el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio iura novit curia.

Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

Analizaremos estos preceptos, idéntico entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;

b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;

c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor

tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/ Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión), o en el artículo

290 (Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,

- adopción de medidas cautelares,

- aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) 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% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

NOVENO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,

b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y

c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal general antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción - en este caso en la exportación -. Toda vez que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y que esta es leve, la duración de la conducta de la recurrente breve y su participación muy escasa, la multa debe imponerse en la parte inferior del grado mínimo. Corresponde imponer el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la exportación, en los términos señalados por la CNC, en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser atenuada..."

Aplicando, pues, dicho criterio procede estimar parcialmente el recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la Resolución, esto es, el ejercicio 2012.

9. Conforme al art. 139.1 de la Ley Regulador a de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso de casación ordinario** , por lo que no resulta firme, pudiéndose preparar recurso de casación en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. Dª MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ