



Roj: **SAN 6418/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6418**

Id Cendoj: **28079230062023100840**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/12/2023**

Nº de Recurso: **765/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000765 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05698/2020

Demandante: FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A (FLEXIPOL) y de su matriz COPO FOAM

Procurador: D^a. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintiséis de diciembre de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **765/2020**, promovido por la Procuradora D^a. María José Bueno Ramírez, en nombre y en representación de **FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A (FLEXIPOL)** y de su matriz **COPO FOAM**, contra la resolución de la CNMC de 27 de febrero de 2020, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2017 (rec.159/2013), declaradas firmes por auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2018, por la que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por YERFLEX S.A.. FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A. y COPOFOAM en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11 (ESPUMA DE POLIURETANO) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"estimando el presente recurso, se declare la nulidad de la antedicha resolución de recálculo".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Posteriormente se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló el día 13 de septiembre de 2023, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. **Ramón Castillo Badal**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo FLEXIPOL impugna la resolución dictada en fecha 27 de febrero de 2020, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2017 y 11 de julio de 2017, declaradas firmes por auto del Tribunal Supremo por la que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por YERFLEX S.A., FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A. Y COPOFOAM en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11 (ESPUMA DE POLIURETANO) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO. - La adecuada resolución del recurso requiere tener en consideración los siguientes hechos:

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 28 de febrero de 2013 resolución, en el expediente S/0342/11 (ESPUMAS DE POLIURETANO), en la que se acordó:

"PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, de la que son autoras la Asociación Española de Empresas de Poliuretano (ASEPUR), ESINCA SL, EUROSPUMA-SOCIEDADES INDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEXIPOL, ESPUMAS SINTÉTICAS S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM S.L. FLEX 2000 PRODUCTOS FLEXIVEIS SA y su matriz CORDEX, S.G.P.S., INTERPLASP SL, PAGOLA POLIURETANOS Sa, RECTICEL IBÉRICA SL y solidariamente su matriz RECTICEL SA, TEPOL SA, TORRES ESPICA, SL y YECFLEX S.A. consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cártel de empresas.

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

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

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

QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación"

2. Con fecha 4 de febrero de 2013, les fue notificada a todas ellas la citada resolución contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo (recursos 159 y 177/2013), solicitando la suspensión de la resolución de 28 de febrero de 2013, que fue concedida por la Audiencia Nacional.

3. Mediante sentencias de 30 de mayo y 11 de julio de 2017, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte los recursos interpuestos por YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM, respectivamente contra la resolución de 28 de febrero de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Contra dicha sentencia FLEXIPOL y COPOFOAM interpusieron recurso de casación (5995/2017).

Mediante auto de 9 de febrero de 2018, el Tribunal Supremo desestimó dicho recurso.

4. Con fecha 31 de enero de 2013, en el marco del expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia solicitó información a YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM, acerca de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2012 en España y en el mundo, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

5. Con fecha 8 de febrero de 2013, YECFLEX, FLEXIPOL y COPOFOAM remitieron las contestaciones a la solicitud realizada.

6. El Consejo dictó la resolución de ejecución de sentencia en su sesión del día 27 de febrero de 2020.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la recurrente denuncia la falta de motivación de la resolución recurrida y la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad porque la CNMC, en su resolución anterior de 27 de julio de 2017, decidió para recalcular la sanción reducir el tipo sancionador de EUROSPUMA, INTERPLASP, TEPOL y TORRES ESPIC por su baja cuota de mercado, ampliando lo ordenado por el Tribunal Supremo en el recurso interpuesto por TORRES ESPIC.

Censura que la Resolución de recálculo aquí recurrida se aparta de dicho precedente y no reduce el tipo sancionador de Flexipol por su baja cuota de mercado, a pesar de encontrarse en el mismo intervalo de cuota de mercado (0-10%) que las anteriores, sin que la CNMC explique por qué se aparta del precedente, vulnerando así los arts. 35.1.c) de la LPA y 24 de la CE.

Explica que por esa razón la Sala tampoco puede revisar si el apartamiento de la Resolución de Recálculo del criterio seguido por la CNMC en su resolución de 27 de julio de 2017 responde a criterios objetivos ni valorar cuál ha sido el razonamiento para imponer a Flexipol un tipo sancionador del 5,3% por lo que se vulnera su derecho a una tutela judicial efectiva. Concluye que la falta de motivación en la Resolución de Recálculo y el consecuente trato desigual recibido por Flexipol, ha vulnerado ostensiblemente el principio de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, reconocidos y garantizados por la CE.

CUARTO.- La resolución de recálculo debe enjuiciarse teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo al rechazar mediante auto de 9 de febrero de 2018 el recurso de casación interpuesto confirmó la sentencia dictada por esta Sala, de manera que la resolución administrativa ahora examinada se ha limitado a su ejecución en el único punto en que se estimó el recurso contencioso administrativo, es decir, en la determinación del importe de la sanción de multa. Por lo tanto, ya no es posible discutir aquí aspectos que quedaron firmes con el pronunciamiento del Tribunal Supremo y, entre ellos, los datos económicos relativos al volumen de negocios de la recurrente que se tendrán en cuenta para la determinación del recálculo del importe de la multa. Por igual motivo, destacamos que ha quedado ya firme la gravedad y la relevancia de la participación de la entidad recurrente en las actuaciones anticompetitivas.

A partir de aquí, es preciso distinguir los procedimientos sancionadores en materia de conductas colusorias cuya regulación se encuentra recogida en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y su reglamento y por otra parte, la regulación relativa a la ejecución de sentencia prevista en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998.

En el presente caso, la sentencia recurrida se limitó a ordenar a la CNMC la cuantificación de la sanción conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Así, el Consejo de la CNMC en su resolución de 27 de febrero de 2020, se limitó a cumplir con lo dispuesto en la referida sentencia, llevándola a puro y debido efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la LJCA.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, rec.1957/2019 con cita de la de 30 de septiembre de 2019, rec.5246/2018, rechaza que la ejecución de una sentencia que ordena el recálculo de la sanción impuesta con sujeción a lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, requiera la incoación de un nuevo procedimiento o la retroacción de actuaciones en el seno del procedimiento sancionador en su día incoado.

QUINTO.- Se trata de analizar ahora si la metodología utilizada por la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por esta Sala una vez confirmada por el Tribunal Supremo se ha ajustado a los criterios establecidos por este en la sentencia dictada el 29 de enero de 2015.

En el apartado 3.2. de la resolución impugnada figuran los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología que debe aplicarse para el cálculo de las sanciones en materia de competencia; y, en el apartado 3.3, se realiza el recalcular utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Tales criterios son los contemplados en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia a partir de los cuales la CNMC ha fijado un tipo sancionador que aplica luego sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Entiende la Sala, por tanto, que la CNMC ha seguido los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Supremo, por lo que se trata ahora de analizar si la resolución recurrida ha incurrido en falta de motivación o resulta desproporcionada.

En este sentido, la resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 28 de febrero de 2013, y que ha confirmado el Tribunal Supremo, a las empresas infractoras -entre ellas las ahora recurrentes- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podían ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2012). Y, en esta línea, la resolución recurrida destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2012, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recálculo, y hacen referencia a la aplicación de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta en la determinación del importe de la multa de acuerdo con el artículo 64.1 de la LDC. Y han sido:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): *"es el de espuma de poliuretano flexible para confort en España"*, que según el Consejo de la extinta CNC (. . .) tenía un exceso de capacidad abocado a un ajuste que la conducta había tratado de postergar en detrimento de la eficiencia.

b) *"las empresas imputadas aglutinaban la práctica totalidad de la oferta del producto en España (la media de la cuota de mercado de las empresas infractoras fue aproximadamente un 90% durante la infracción). Art. 64 b).*

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta (art. 64.1.c), ha quedado acreditado que el cártel comprendía la península ibérica, dado que también empresas portuguesas formaron parte del mismo. Así, los efectos intracomunitarios son claros.

"El cártel formado por las entidades incoadas se mantuvo de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde, al menos, la reunión celebrada el 23 de enero de 1992, fecha de la primera reunión que se considera acreditada, hasta el 16 de febrero de 2011, coincidiendo con la realización de las inspecciones (art. 64.1.d)."

En cuanto a los efectos de la infracción sobre los usuarios y otros competidores *"al ser el poliuretano un producto intermedio con múltiples aplicaciones, esos incrementos de precios han podido trasladarse en cascada a las actividades económicas que lo utilizan como factor necesario. (art. 64.1.e)".*

Además, los miembros del cártel se valieron de un sistema de vigilancia para asegurar que ninguna de las infractoras violase los términos de los acuerdos alcanzados. El encargado de desarrollar esa tarea era una consultora contratada por las partes, aunque esta actividad fue disimulada encargando también a esta consultora una auditoría medioambiental. Las empresas infractoras eran conscientes del riesgo que corrían si la autoridad de competencia conocía de sus conductas, como se pone de manifiesto en los comunicados y actas de la Asociación."

Por tanto, la resolución recurrida proyecta sobre el caso concreto los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC (gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes ni atenuantes- que permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la empresa.

SEXTO.- Denuncia la recurrente que la resolución recurrida no ha explicado por qué no ha aplicado la reducción que ha concedido a EUROSPUMA, INTERPLASP, TEPOL y TORRES ESPIC en razón de su cuota de mercado cuando la de FLEXIPOL se encontraba en el mismo intervalo que las cuotas de mercado de aquellas (o-10%).

El examen de las actuaciones revela que la reducción a esas empresas se aplicó en ejecución de lo resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo en el marco del recurso interpuesto por Torres Espic, en la que se ordenaba que se aplicara como circunstancia atenuante la baja cuota de mercado de la empresa responsable.

La ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo se llevó a cabo mediante la Resolución del 27 de julio de 2017 que, en ejecución de sentencia recalculaba también la sanción respecto de otras tres empresas, EUROSPUMA, INTERPLASP y TEPOL cuya cuota de mercado relevante se situaba en el mismo rango que la de TORRES ESPIC.

La CNMC aplicó la misma reducción del tipo sancionador a todas las empresas comprendidas en el ámbito de ejecución de dicha sentencia.

Por el contrario, la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2017 no mencionaba la reducción, sentencia que quedó firme al inadmitirse el recurso de casación contra ella. Por esa razón, la resolución de la CNMC de 27 de febrero de 2020 al recalcular el importe de la sanción de FLEXIPOL, se limitó a aplicar los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 sin tener en cuenta una atenuante que la sentencia de instancia no apreció. Estrictamente, la resolución recurrida ha ejecutado los términos del fallo en sus justos términos.

Es cierto que la CNMC podía haber explicado que no seguía el mismo criterio que respecto de ESPIC, pero el no haberlo no supone infracción del deber de motivación pues la ejecución se sujeta a los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 y a los propios términos de la sentencia a ejecutar, por lo que no puede hablarse de trato desigual.

SÉPTIMO.- Denuncia la recurrente la falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se le aplica, concretamente del 5,3% y que no se le haya aplicado a ese tipo sancionador una reducción por baja cuota de mercado como se ha aplicado a otras.

Ahora bien, la resolución recurrida tiene en cuenta la gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, características del mercado, seguimiento de los acuerdos, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la empresa.

Asimismo, la CNMC afirma que, como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye ello un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

Sostiene la recurrente que *"no es el valor absoluto del tipo sancionador lo que coloca a FLEXIPOL en situación discriminatoria sino el hecho de que no se le haya aplicado a ese tipo sancionador una reducción por baja cuota de mercado como se ha aplicado a otras. Considera que el argumento no cambia, sea cual sea el tipo sancionador de partida, ya fuera el 1,5% o el 5,3% u 8% o el que fuera, la CNMC tendría que haberle aplicado una reducción por baja cuota de mercado."*

Razona así la recurrente para eludir el hecho cierto que a FLEXIPOL le han impuesto el mismo tipo sancionador del 5,3% que se aplicó a EUROSPUMA, INTERPLASP, TORRES ESPIC y TEPOL y podemos coincidir con la actora en que si la resolución de 2017 razonó la reducción del tipo sancionador por baja cuota de mercado la resolución recurrida debió hacer lo mismo es decir, razonarlo pero el que no lo haya hecho no significa que la CNMC haya discriminado a FLEXIPOL cuando le ha aplicado el mismo tipo sancionador tomando en consideración los mismos criterios como se comprueba comparando las dos resoluciones y sin que apreciemos elementos significativamente diferentes tomando en consideración el volumen de negocio en el mercado afectado y la participación en la infracción de cada una de ellas.

La actora no razona que su tipo sancionador sea erróneo o que esté mal calculado, sino que la resolución de recálculo no contiene la misma mención a su cuota reducida entre el (0-10%) que EUROSPUMA, INTERPLASP, TEPOL y TORRES pero ello no supone trato discriminatorio cuando el tipo aplicado es el mismo 5,3% que a estas.

La concreción del tipo sancionador se ajusta a las previsiones legales y a partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. María José Bueno Ramírez, en nombre y en representación de **FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A (FLEXIPOL)** y de su matriz



COPO FOAM, contra la resolución de la CNMC de 27 de febrero de 2020, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2017 (rec.159/2013), declaradas firmes por auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2018, por la que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por YERFLEX S.A.. FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS S.A. y COPOFOAM en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (expediente S/0342/11 (ESPUMA DE POLIURETANO) en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa, resolución que declaramos conforme a derecho.

2. Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.