

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO empresa PAGOLA POLIURETANOS, S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 5 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso 172/2013) firme por Auto del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2015 (recurso 3347/2014) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por PAGOLA POLIURETANOS, S.A. (en adelante PAGOLA) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de febrero de 2013 (Expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 28 de febrero de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con PAGOLA:

“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-PRODUCTOS 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:*

(...)

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

(...)

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

2. Con fecha 4 de marzo de 2013 le fue notificada a PAGOLA (folio 133) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (nº 172/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 4 de junio de 2013, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.020.000 €, que tras declararse insuficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2013, finalmente se declaró suficiente por Providencia de 27 de enero de 2015.
4. Mediante Sentencia de 29 de julio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (172/2013) interpuesto por PAGOLA contra la Resolución de 28 de febrero de 2013, en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (3347/2014) por la recurrente y la Abogacía del Estado.
5. Con fecha 1 de octubre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo inadmitió los recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado y por PAGOLA frente a la referida sentencia, que se declara firme.
6. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 31 de enero de 2013, se requirió a PAGOLA la aportación de información sobre su volumen de negocios total, en el ejercicio 2012.
7. PAGOLA presentó escrito de contestación el 6 de febrero de 2013 (folio 1475 y 1476 del expediente VS/0342/11) señalando, entre otros extremos, que su

volumen de negocios total en 2012, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, ascendió en el mundo a 10.202.272,07 € y en España a 9.481.275,83 €.

8. Es interesado: PAGOLA POLIURETANOS, S.A.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 5 de mayo de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de febrero de 2013 acordó Imponer a PAGOLA una multa de 1.020.000 €. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional, mediante Sentencia de 29 de julio de 2014, que deviene firme por Auto del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2015 al inadmitir los recursos interpuestos por la parte recurrente y la Abogacía del Estado.

En dicha sentencia de la Audiencia Nacional se dispone:

*“Que debemos **ESTIMAR EN PARTE** el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos en esa medida el acto impugnado. La cuantía de la sanción se fija en*

un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción en el año 2012. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 28 de febrero de 2013.

Para la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a PAGOLA bastaría con determinar el 8% del volumen de ventas en el mercado afectado por la conducta correspondiente al ejercicio 2012 de la recurrente, tal y como impone el fallo de la Sentencia. No obstante, se considera conveniente recordar los hechos que sustentan la imposición de la sanción y que la Audiencia Nacional ha considerado acreditados.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la Resolución, PAGOLA (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.
- En particular, según lo señalado en el FD sexto de dicha Resolución,
“PAGOLA POLIURETANOS S.A. es responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el 23 de enero de 1992 hasta el 16 de febrero de 2011.”

La Resolución de 28 de febrero de 2013 motivó la determinación de la multa sobre la base de los criterios siguientes: (cfr. FD 7º de la Resolución):

- Determinación del mercado afectado. El mercado afectado por las conductas declaradas prohibidas es el de las ventas en España de espuma de poliuretano flexible para confort.
- Duración. 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.
- Atenuantes y agravantes: No se apreciaron atenuantes ni agravantes por parte de ninguna empresa

Porcentaje (%): Dada la naturaleza de la infracción y su alcance el Consejo consideró que el tipo a aplicar debía ser del 10%.

- Límite del 10%: Por último el importe se redujo al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior en aquellos supuestos en que la multa calculada resultaba superior a dicho porcentaje.

En el caso de PAGOLA la determinación de la multa obedecía a los siguientes datos:

	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje (%)	Importe básico de la sanción (€)	Importe multa reducido al 10% volumen total 2012
PAGOLA	31.790.000 €	10%	3.179.000 €	1.020.000 €

3.2. Criterios expuestos por la Audiencia Nacional.

De acuerdo con lo expuesto por la Audiencia Nacional en sus fundamentos séptimo y octavo, el proceso de determinación de la multa debería necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- La Resolución motiva suficientemente la gravedad de la conducta y su calificación como falta muy grave (acuerdo horizontal de limitación de producción y fijación de precios), y su duración.
- Los parámetros establecidos en el artículo 64.1 de la LDC pueden operar en beneficio o perjuicio de la infractora, en orden a modular la gravedad de la infracción y justificar, en su caso, el incremento o reducción del porcentaje para calcular el importe básico de la sanción, fijado en este caso en 10% del volumen de ventas afectado por la infracción (página 105 y ss de la Resolución).
- A la hora de establecer la sanción se ha de considerar la cuota de mercado de la recurrente, así dice la Audiencia que *“...la Comisión no ha procedido de forma correcta, al no individualizar aspectos relevantes y con influencia evidente sobre la capacidad de la recurrente, como es la toma en consideración de su cuota de mercado, reducida (entre un 0 y un 10%) y notablemente inferior a la de los líderes del mercado, solicitantes de clemencia, que se establece en torno a un 30%. Esta divergencia debe necesariamente reflejarse en la motivación de la resolución y tomarse en consideración para reducir el porcentaje aplicado para calcular el importe básico de la infracción que prudencialmente y a tenor de lo expuesto, debe fijarse en un 8%, en lugar del 10% establecido en la resolución recurrida.”*
- La base sobre la que se debe aplicar la sanción es el volumen de negocios en el ámbito en el que se produjo la infracción, *“la sanción impuesta ha de ser anulada, fijándose como límite el 8% del volumen total de facturación en España, en el sector afectado, en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción”.*

No obstante, la parte dispositiva de la sentencia, según se señalaba, determina indirectamente el monto final de la sanción al señalar que “la cuantía de la sanción se

fija en un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción en el año 2012”. Siendo ello así, solo queda por liquidar el importe determinado en dicho fallo.

3.3. Cuantificación de la sanción de PAGOLA

De acuerdo con la información facilitada por PAGOLA, su volumen de negocios total (VNT) y en el mercado afectado (VNMA) correspondiente al ejercicio 2012 es coincidente. Así, en contestación al acuerdo de requerimiento de información del Consejo de la CNC de 31 de enero de 2013, PAGOLA contestó: *“esta empresa únicamente se dedica al mercado de espuma de poliuretano para confort, en consecuencia las cifras de venta totales son las indicadas en los puntos 1 y 2”*¹.

VNT 2012	VNMA 2012	8% VNMA 2012
9.481.275,83 €	9.481.275,83 €	758.502 €

En consecuencia, y de acuerdo con el fallo contenido en la sentencia de la Audiencia Nacional que se ejecuta, el importe de la multa correspondiente a PAGOLA debe quedar fijado en **758.502 €**

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a PAGOLA POLIURETANOS, S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (Recurso 172/2013) firme por Auto del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2015 (Recurso 3347/2014), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013 (Expediente S/0342/11, ESPUMA DE POLIURETANO), la multa de **758.502 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

¹ Folio 12.832 del expediente S/0342/11, incorporado como folio 1476 al expediente VS/0342/11.