



Roj: **STS 2819/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2819**

Id Cendoj: **28079130032018100318**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **2773/2016**

Nº de Resolución: **1345/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2630/2016,**
STS 2819/2018,
AATS 9006/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.345/2018

Fecha de sentencia: 19/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2773/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2773/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1345/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación nº 2773/2016 interpuesto por las entidades LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. y LISOLANTE K-FLEX S.R.L., representadas por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 522/2013 . Se han personado en las actuaciones, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, así como la entidad ARMACELL IBERIA, S.L., representada por el Procurador D. Germán Cesáreo Marina Grimau.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de las entidades Lisolante K-Flex España S.A. y Lisolante K-Flex S.R.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/0402/12 Espuma Elastomérica) en la que, entre otros pronunciamientos, se impone a Lisolante K-Flex España S.L. y solidariamente a su matriz, Lisolante K-Flex SRL., una sanción de multa por importe de 2.349.712 € como responsables de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 522/2013) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso interpuesto por la representación procesal de Lisolante K-Flex España S.A. y Lisolante K-Flex S.R.L., y en consecuencia se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC a que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia. Sin costas>>.

SEGUNDO.- El fundamento 2/ de la sentencia recurrida expone los siguientes datos y antecedentes relevantes:

<< (...) SEGUNDO.- Son antecedentes de hecho a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- La DI de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras conocer determinada información sobre posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación y comercialización de aislamientos de espumas elastoméricas, consistentes en posibles acuerdos de subidas de tarifas de estos productos y una actuación concertada por parte de los principales fabricantes de dichos materiales en relación con la aplicación de determinadas normas técnicas y de calidades de estos productos en el mercado nacional (folios del 3 al 225), y de conformidad con el artículo 49.2 LDC , inició una información reservada para verificar la existencia y el alcance de estas conductas bajo la referencia DP/0039/11.

2.- El 25 de enero de 2012 se llevaron a cabo inspecciones domiciliarias (folios del 226 al 280) en los locales y oficinas de las sociedades Armacell Iberia, S.L. (ARMACELL), en las localidades de Begur (Girona) y Pinto (Madrid), y Lisolante K-Flex España, S.A. (K-FLEX), en los locales y oficinas situados en la localidad de San Fernando de Henares (Madrid). De estas inspecciones se dedujo la posible existencia de indicios de la comisión, por parte de ARMACELL y K-FLEX, de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y de la LDC en vigor, así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en acuerdos e intercambios de información sobre subidas de precios de productos de aislamiento de espuma elastomérica.



3.- El 13 de febrero de 2012, la DI acordó y notificó la incoación de expediente sancionador, registrándose este con el número de expediente S/402/12 y tras efectuar diversos requerimientos de información a las empresas imputadas y acordar la ampliación de la incoación a sus matrices, la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos y tras seguir el procedimiento su curso la CNMC dictó el 12 de septiembre de 2013 la resolución ahora impugnada.

En cuanto a las partes LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. es la filial española al 100% constituida en 1995, bajo la razón social de L'ISOLANTE KAIMANN ESPAÑA SA, de la empresa matriz italiana L'ISOLANTE K-FLEX SRL, matriz dedicada a la fabricación de materiales aislantes para sistemas de calefacción y climatización, entre los que se encuentran los aislamientos de espuma elastomérica.

En el año 2000 uno de los socios fundadores de L'ISOLANTE KAIMANN ESPAÑA SA, salió del capital de la empresa, por lo que se efectuó el cambio de la razón social de la empresa, pasándose a llamar desde ese momento L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA SA.

En la actualidad la sociedad española está participada en un 99,99% por la sociedad italiana L'ISOLANTE K-FLEX SRL y D. con el 0,01% del capital restante.

L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA, S.A. se dedica en exclusiva a la distribución de los productos fabricados por la sociedad matriz en diversas fábricas situadas en la Unión Europea, así como proporcionar servicio y asistencia técnica a sus clientes en todo el territorio nacional español.

La cifra de negocios de esta mercantil en el mercado español de aislamientos de espuma elastomérica, ascendió en 2011, según la consultora Alimarket, a los 10 M€, de los cuales 6 M€ correspondieron al negocio de aislamientos de espuma elastomérica.

Por lo que respecta a la estructura de costes de esta mercantil, es necesario señalar que, a diferencia de ARMACELL, que cuenta con planta de producción en el mercado nacional, K-FLEX se dedica exclusivamente a la distribución/comercialización de este tipo de productos que adquiere de su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX Srl y de terceros.

Así en el caso de K-FLEX, esta mercantil no soporta costes de producción al carecer de fábrica en España, por lo que todos los costes en que incurre son costes relacionados con la comercialización de las distintas gamas de producto (folio 1035). Estos costes de comercialización son: i) costes de adquisición del producto, ii) costes de transporte, y costes generales ligados a la explotación del negocio>>.

El fundamento 3/ de la sentencia ofrece la siguiente síntesis de la resolución sancionadora impugnada en el proceso:

<< (...) TERCERO.- La resolución impugnada después de analizar el mercado de producto, -fabricación y venta de aislamientos de espuma elastomérica-, cuotas de mercado y mercado geográfico -mercado nacional-, considera que desde 2001 ARMACELL y K-FLEX han estado intercambiándose información en cuestiones comerciales sensibles como el precio de sus productos, las condiciones comerciales aplicadas (portes, descuentos, etc.) y la identidad de sus clientes, lo que ha ido unido a la existencia de un acuerdo de voluntades, no sólo para intercambiar dicha información sino también para fijar, de manera coordinada, las estrategias comerciales de ambas empresas.

Se añade que en el presente expediente se ha podido acreditar la existencia una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC en el periodo que se extiende desde 2001 a 2012, mediante una unidad de acciones en un mismo proceso psicológico y material, en las que se observa una misma voluntad de llevar a cabo un plan conjunto contrario a las normas de competencia, valorando también que a lo largo de la década larga de infracción, la conducta se ha desempeñado con intensidad desigual en el grado y forma de coordinación y concertación entre ambas empresas, que no supondría la existencia de prácticas distintas ni la ruptura de la naturaleza de la infracción como continuada, pero sí la existencia de acciones de menor intensidad que se iniciarían en el año 2005.

Por todo ello se indica que es posible afirmar que esta actuación coordinada existente entre empresas rivales como ARMACELL y K-FLEX ha facilitado la concertación de actuaciones de manera paralela y ha contribuido a reducir significativamente la incertidumbre que existiría de no haberse producido dicha coordinación e intercambio de información.

Considera también que las respectivas matrices de K-FLEX y ARMACELL, L'ISOLANTE K-FLEX Sarl y Foam Investment Il Sarl, son responsables de la infracción, argumentando que de acuerdo con el artículo 61.2 de la LDC, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. Y en el caso que nos ocupa se ha tenido en cuenta: i) la pertenencia a un grupo matriz de ARMACELL y K-FLEX (K-FLEX es



filial de L'ISOLANTE K-FLEX Srl y ARMACELL es filial de Insulation Spain Holding SLU que, a su vez, es filial de Foam Investment II Sarl) y el hecho de que esas matrices controlan prácticamente el 100% de esas filiales (L'ISOLANTE K-FLEX Srl posee el 99,99% del capital social de K-FLEX y Foam Investment II Sarl posee el 100% de las acciones de Insulation Spain Holding SLU que, a su vez, posee el 100% de las participaciones de ARMACELL), ii) la existencia de documentos que prueban que las supuestas prácticas anticompetitivas efectuadas por K-FLEX y ARMACELL pudieron ser promovidas, amparadas y/o conocidas por su sociedad matriz, y iii) la inexistencia de elementos que prueben que el comportamiento económico de estas filiales no viene determinado por esas matrices>>.

Los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento 4/ de la sentencia del siguiente modo:

<< (...) CUARTO.- La parte actora pretende la anulación de la resolución impugnada en base a los siguientes motivos:

- 1.- Caducidad del procedimiento ya que la resolución impugnada se dictó fuera del plazo máximo previsto por el artículo 36.1 de la LDC .
- 2.- Vulneración de garantías de derechos fundamentales que conlleva la nulidad de todas las actuaciones derivadas de la inspección y documentación recabada por la DI en la sede de K Flex.
- 3.- Vulneración del derecho de defensa al no identificar la información que fundamentó el inicio de la investigación.
- 4.- Prescripción: vulneración de la doctrina relativa al concepto de infracción única y continua o continuada.
- 5.- Infracción de los artículos 1LDC y 101 del TFUE : vulneración de los principios que fundamentan la carga de la prueba e inexistencia de conducta apta para restringir la competencia.
- 6.- Error en el cálculo de la multa.
- 7.- Procedencia de aplicar la Ley 16/89.
- 8.- Inexistencia de responsabilidad de la matriz por actos de la filial>>.

A partir de ahí la sentencia recurrida aborda las diversas cuestiones suscitadas en la demanda, tanto en relación con los alegatos de caducidad del procedimiento sancionador y de violación del derecho de defensa (fundamentos jurídicos 5/ a 7/ de la sentencia) como en lo referido, ya en la vertiente sustantiva, a la calificación de la conducta como infracción única y continuada (fundamento 8/), la alegada vulneración de las reglas de la carga de la prueba y la falta de incardinación de la conducta en los artículos 1 LDC y 101 TFUE (fundamento 9/ de la sentencia), la imputación de responsabilidad a la empresa matriz (fundamento 10/) y, en fin, la pretensión de la demandante de que se aplique Ley 16/1989 y no la Ley 15/2007 por ser aquella más favorable (fundamento 11/ de la sentencia).

Como hemos visto, la Sala de la Audiencia Nacional termina estimando en parte el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución sancionadora pero únicamente en el aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta, que se deja sin efecto por entender que ha sido desproporcionada, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013).

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de las entidades Lisolante K-Flex España S.A. y Lisolante K- Flex S.R.L. y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 6 de octubre de 2016 en el que formula cinco motivos de casación, el primero y el cuarto al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los tres restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El enunciado de cada uno de los motivos es, en síntesis, el siguiente:

- 1.- Haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia omisiva, con vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución , 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.4 , 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia, por no haber dado respuesta alguna a la cuestión planteada en la demanda de la falta de aptitud de las conductas enjuiciadas para distorsionar la competencia y la falta de efectos en el mercado de la conducta, de acuerdo con lo dictaminado en la prueba pericial, que la sentencia no examina. Las tarifas de las espumas elastoméricas no constituyen una información relevante para competir en el mercado de referencia, y así se ha acreditado, pero la sentencia no examina en modo alguno el pleito desde esta perspectiva.



2.- Infracción del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , así como del principio de proporcionalidad de las sanciones del artículo 131 de la Ley 30/1992 . Aduce la recurrente que la CNMC no ha tenido en cuenta todos los criterios establecidos en la Ley para la fijación de las sanciones, y en particular la falta de efectos como factor esencial en el caso concretamente examinado.

3.- Infracción de los artículos 24 de la Constitución y 137.1 de la Ley 30/1992 por haber vulnerado la sentencia el principio de presunción de inocencia; e infracción de los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la prueba de presunciones y la jurisprudencia sobre la prueba de presunciones, al no valorar la sentencia, o haber valorado de forma ilógica y arbitraria, las explicaciones alternativas razonables y plausibles dadas por la actora, lo cual, a su vez, implica infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE .

4.- Infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución en relación con los artículos 208.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por falta de motivación de la sentencia en cuanto a la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz, al no haberse valorado las consideraciones expuestas en relación con el claro y reiterado incumplimiento de la filial con respecto a instrucciones por parte de la matriz.

5.- Infracción de los artículos 130 de la Ley 30/1992 y 62.1 de la Ley 30/1992 , en cuanto a la declaración de responsabilidad de la sociedad matriz, con vulneración añadida de los artículos 1 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , aduciendo la parte recurrente que en este caso no hay base para afirmar la influencia decisiva de la entidad matriz sobre la filial pues la presunción que en tal sentido pudiera existir debió entenderse desvirtuada por los datos y elementos de prueba aportados.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 21 de noviembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2017 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición.

La representación de la Administración del Estado presentó escrito con fecha 14 de febrero de 2017 en el que el Abogado del Estado expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación con imposición de costas a las recurrentes.

La representación de Armacell Iberia, S.L. no presentó escrito alguno, por lo que mediante diligencia de ordenación de 23 de febrero de 2017 se declaró caducado el trámite correspondiente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 17 de julio de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 2773/2016 lo interpone la representación de las entidades Lisolante K-Flex España S.A. y Lisolante K-Flex S.R.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 522/2013 .

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las referidas entidades contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/0402/12 Espuma Elastomérica) en la que, entre otros pronunciamientos, se impone a Lisolante K-Flex España S.L. y solidariamente a su matriz, Lisolante K-Flex SRL., una sanción de multa por importe de 2.349.712 € como responsables de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La sentencia anula la resolución sancionadora pero únicamente en el aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta, que se deja sin efecto por entender que ha sido desproporcionada, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013).

En el antecedente segundo han quedado enunciadas las cuestiones que fueron suscitadas en el proceso de instancia y abordadas en la sentencia. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación

que han formulado las entidades mercantiles recurrentes, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- Abordando en primer lugar los motivos de casación que se formulan al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción -motivos primero y cuarto-, hemos visto que en el motivo primero la parte recurrente sostiene que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, con vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución , 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.4 , 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y de la jurisprudencia, por no haber dado respuesta alguna a la cuestión planteada en la demanda de la falta de aptitud de las conductas enjuiciadas para distorsionar la competencia y la falta de efectos en el mercado de la conducta, de acuerdo con lo dictaminado en la prueba pericial, que la sentencia no examina. Las tarifas de las espumas elastoméricas no constituyen una información relevante para competir en el mercado de referencia, y así se ha acreditado, pero la sentencia no examina en modo alguno el pleito desde esta perspectiva.

El motivo no puede ser acogido pues no es cierto que la sentencia de instancia incurra en defecto de congruencia que se le reprocha.

Ante todo debe recordarse que, según la jurisprudencia de esta Sala, la incongruencia omisiva de la sentencia se produce cuando la sentencia no resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso (artículo 67.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción), siendo procedente recordar aquí la doctrina reiterada, de la que son muestra las sentencias de la Sección 5ª de 12 de marzo de 2008 (casación 4054/05) y 21 de junio de 2013 (casación 3430/2011) y las demás sentencias que en ella se citan, que recogen, a su vez, la doctrina establecida en sentencia de esta Sección 3ª de 11 de octubre de 2004 (casación 4080/99). Esta sentencia mencionada en último lugar se expresa en los siguientes términos:

<< (...) desde la STS de 5 de noviembre de 1992 , esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.

Asimismo, esta Sala tiene declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997 , entre otras muchas). Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991 , 3 de julio de 1991 , 27 de septiembre de 1991 , 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000 , entre otras muchas). Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994)....>>.

Pues bien, trasladando la jurisprudencia que acabamos de reseñar al caso que nos ocupa, y poniendo en relación el desarrollo del motivo de casación con la fundamentación de la sentencia recurrida, debe concluirse que la decisión de la Sala de instancia no incurre en la incongruencia que se le reprocha, pues, aun sin ceñirse de manera lineal y correlativa a todas y cada una de las alegaciones de las recurrentes, la sentencia da respuesta a las diferentes cuestiones suscitadas, tanto las de índole procedimental -caducidad del procedimiento y vulneración del derecho de defensa durante la tramitación del expediente-, que son abordadas en los fundamentos jurídicos 5/, 6/ y 7/ de la sentencia, como las cuestiones sustantivas relativas a la acreditación de las conductas infractoras, su calificación como infracción única y continuada, la apreciación de que nos encontramos ante una conducta apta para restringir la competencia, con vulneración de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , la imputación de responsabilidad a la empresa matriz, y, en fin, la procedencia de aplicar la Ley 15/2007 y no la Ley 16/1989, como pretendía las demandantes, cuestiones todas ellas que son abordadas en los fundamentos 8/ al 11/ de la sentencia.



Con todo ello, la Sala de instancia está dando respuesta a las cuestiones suscitadas, incluida la que se refiere a la alegada falta de aptitud de la conducta para restringir la competencia. No puede afirmarse entonces que la sentencia haya incurrido en incongruencia omisiva, pues aunque al examinar las cuestiones suscitadas la Sala de instancia no se haya referido de manera pormenorizada a todas las alegaciones y argumentos de la recurrente, lo cierto es que aborda el núcleo de la controversia y da una respuesta razonada a la cuestión de fondo debatida, quedando suficientemente explicada la interpretación que lleva a cabo la Sala sentenciadora y la *ratio decidendi* de la sentencia.

TERCERO.- En el motivo de casación cuarto, formulado también al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se alega la infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución en relación con los artículos 208.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por incurrir la sentencia en falta de motivación de la sentencia en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz, al no haber valorado la Sala de instancia las consideraciones expuestas en relación con el claro y reiterado incumplimiento de la filial con respecto a instrucciones por parte de la matriz.

El reproche de falta de motivación de la sentencia en ese concreto punto debe ser desestimado; y ello por razones análogas a las que hemos expuesto en el apartado anterior, que nos han llevado a rechazar que la sentencia incurra en incongruencia omisiva.

En efecto, el fundamento jurídico 10/ de la sentencia recurrida se dedica específicamente a examinar la cuestión relativa a la imputación de responsabilidad a la empresa matriz. Allí la Sala de instancia comienza reproduciendo lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, al que luego volveremos a referirnos. A continuación la Sala de instancia hace una breve pero expresiva reseña de la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en base a ella señala que el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción "*iuris tantum*" de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. Recuerda la Sala de instancia que << (...) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1.983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuadamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que "*cualquier vínculo económico, legal u organizacional*" puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial>>. Y tras recordar otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del Tribunal General que abundan en esa misma línea de razonamiento, la sentencia aquí recurrida concluye señalando: << (...) En este caso, la parte actora no ha desvirtuado dicha presunción "*iuris tantum*", acreditando que no existe ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso>>.

No puede afirmarse entonces que la Sala de instancia no haya motivado su respuesta en este concreto punto de la controversia; habiendo dejado señalado la sentencia que la parte demandante no ha desvirtuado la presunción de que la matriz ejerce una influencia decisiva en la actividad económica de la filial. La parte recurrente puede legítimamente discrepar de esta conclusión a que llega la Sala la Audiencia Nacional; pero no cabe sostener que la sentencia no esté motivada en este punto.

CUARTO.- Entramos ahora a examinar los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, si bien, por razones de sistemática, los abordaremos en un orden distinto al que ha seguido la recurrente.

Comenzando por el motivo tercero, la recurrente alega la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 137.1 de la Ley 30/1992, por haber vulnerado la sentencia el principio de presunción de inocencia; así como la infracción de los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la prueba de presunciones y la jurisprudencia sobre la prueba de presunciones, al no valorar la sentencia, o haber valorado de forma ilógica y arbitraria, las explicaciones alternativas razonables y plausibles dadas por la actora, lo cual, a su vez, implica infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE.

Ante todo procede recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (SsTC 174/1985, 175/1985, 229/1988) y a la jurisprudencia de esta Sala -sirvan de muestra las SsTS de 23 de marzo de 2015 (casación 4422/2012), 16 de febrero de 2015 (dos sentencias con esta fecha dictadas en los recursos de



casación 940/2012 y 4182/2012) así como la 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010) y las que en ésta se citan de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000 - el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso PhanHoang c. Francia , § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria , § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010), la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SsTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5 ; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2 ; 135/2003, de 30 de junio , F. 2, entre otras).

Ahora bien, una vez recordado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, importa sobre todo destacar que en este caso que ahora nos ocupa la sentencia recurrida se encarga de señalar que imputación a las entidades recurrentes no se basa en indicios sino en pruebas directas de la existencia de contactos que, por su naturaleza y contenido, son contrarios a las normas de defensa de la competencia. Se refiere con ello la Sala de instancia a los distintos datos y hechos recogidos en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia -de la que la sentencia reproduce amplios fragmentos- como son los relativos a reuniones celebradas, intercambios de correos electrónicos, actas de sesiones, notas manuscritas, etc.

Es cierto que la Sala de la Audiencia Nacional no expone de una manera directa y con valoraciones propias el razonamiento por el que, a partir de los datos y hechos recogidos en la resolución administrativa, se llega a la conclusión de que la recurrente realizó la conducta infractora; pero no puede decirse que haya resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues, aunque sea mediante la transcripción literal de amplios fragmentos de la resolución administrativa sancionadora, que la Sala de instancia asume, la sentencia recurrida deja constancia de cuáles son los datos y elementos de prueba tomados en consideración.

Por todo ello, el motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- En estrecha relación con lo alegado en el motivo de casación cuarto, que antes hemos examinado, en el que la recurrente sostiene la falta de motivación de la sentencia en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz, en el motivo de casación quinto se alega, ahora en una vertiente sustantiva, que en este caso no hay base para afirmar la influencia decisiva de la entidad matriz sobre la filial, pues la presunción que en tal sentido pudiera existir debió entenderse desvirtuada por los datos y elementos de prueba aportados (se alega en este motivo la infracción de los artículos 130 de la Ley 30/1992 y 62.1 de la Ley 30/1992 , con vulneración añadida de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE).

El motivo no puede ser acogido.

Como la sentencia recurrida viene a recordar, el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece: *"A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas"*.

Pues bien, la cuestión relativa a la imputabilidad de la conducta de la empresa filial a la matriz en relación con las prácticas colusorias ha sido examinada por esta Sala en reiteradas ocasiones, siendo muestra de ello las sentencias de 19 de junio de 2018 (casación 1480/2016), 18 de enero de 2016 (casación 2359/2013), 23 de abril de 2015 (casación 2064/2012), 17 de junio de 2015 (casación 2072/2013) y 27 de octubre de 2015 (casación 1038/2013). En esas sentencias hemos citado y reseñado diversos ejemplos de la jurisprudencia comunitaria europea, como son la STJU de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-434/13 P) y las sentencias del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 (dos sentencias con esa fecha) dictadas en los asuntos T-562/08 y T-558/08 , en las se viene a indicar que en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la



totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial.

Ciertamente, la presunción *iuris tantum* de la influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial podría haber quedado desvirtuada si se hubiese demostrado que la filial actuó en todo momento al margen de la matriz y desobedeciendo de manera recurrente las instrucciones de ésta. Pero, una vez aceptado como posible que la presunción resulte devirtuada, lo cierto es que en este caso las manifestaciones de la parte actora en las que se afirma la independencia de acción de K-Flex respecto de LIsolante (apartado 2.9 de la fundamentación de la demanda) no quedaron respaldadas por ningún elemento de prueba mínimamente consistente, por lo que debemos estar a la conclusión que recoge la sentencia recurrida en el sentido de que la parte recurrente no ha desvirtuado la presunción *iuris tantum* a la que nos venimos refiriendo.

SEXTO.- Por último, en el motivo de casación segundo se alega la infracción del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE, así como del principio de proporcionalidad de las sanciones (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), aduciendo la recurrente que la CNMC no ha tenido en cuenta todos los criterios establecidos en la Ley para la fijación de las sanciones, y en particular la falta de efectos como factor esencial en el caso concretamente examinado.

El motivo de casación así plantado carece en realidad de objeto pues la sanción económica que se impuso a las recurrentes (multa de 2.349.712 €) quedó sin efecto precisamente en virtud de la sentencia aquí recurrida, que, como vimos, en su parte dispositiva ordena a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia. Y, recordémoslo, en ese fundamento jurídico undécimo de la sentencia la Sala de instancia se refiere a lo razonado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013), que interpreta lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2017 acerca de la graduación y cuantificación de las multas en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, difícilmente cabe sostener que la sentencia recurrida vulnera el artículo 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, cuando lo que se acuerda en la sentencia, después de anular la sanción, es ordenar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la jurisprudencia que interpreta los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia relativos a la graduación y cuantificación de las multas en esta materia.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por LIsolante K-Flex España S.A. y LIsolante K-Flex S.R.L.

Ello comporta que deben imponerse las costas derivadas del recurso de casación a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, dada la distinta actividad desplegada por las partes personadas en las actuaciones, la condena en costas a la parte recurrente no debe operar en favor de la entidad personada como parte recurrida -Armacell Iberia, S.L.- que, como quedó señalado en el antecedente quinto de esta sentencia, no formuló oposición al recurso de casación. Por lo demás, como permite el apartado 3 del mismo artículo 139 antes citado, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida -Administración del Estado- al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 2773/2016 interpuesto en representación de las entidades LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA, S.A. y LISOLANTE K-FLEX, S.R.L. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 522/2013), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el fundamento jurídico séptimo.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas



Diego Cordoba Castroverde M^a Isabel Perelló Doménech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ