



Roj: **SAN 2630/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2630**

Id Cendoj: **28079230062016100255**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **522/2013**

Nº de Resolución: **276/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000522 /2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04988/2013

Demandante: LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. Y LISOLANTE K-FLEX S.R.L.

Procurador: D^a MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ARMACELL IBERIA, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. **522/2013** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. Y LISOLANTE K-FLEX S.R.L.**, representadas por la Procuradora Sra. D^a María José Bueno Ramírez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la



Competencia de fecha 12 de septiembre de 2013, relativa a expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, con una cuantía de 2.349.712,00€, siendo Ponente la Iltrma. Sra. **D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2013. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 13 de febrero de 2014 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se anule la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO-. No solicitado el recibimiento del pleito a prueba y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 25 de mayo de 2016 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 12 de septiembre de 2013 en el expediente sancionador S/0402/12 Espuma Elastomérica contra la entidad LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. y solidariamente a su matriz LISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La resolución impugnada tiene la siguiente parte dispositiva:

" 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 entre octubre de 2001 y enero de 2012, en los términos del Fundamento de Derecho Quinto, y de la que son responsables ARMACELL IBERIA S.A, y solidariamente su matriz FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l., y L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL.

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

- A ARMACELL IBERIA S.A, y solidariamente a su matriz FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l. 6.497.371 € (Seis millones cuatrocientos noventa y siete mil trescientos setenta y uno Euros).

- A L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.L. y solidariamente a su matriz, L'ISOLANTE K-FLEX SRL., 2.349.712 € (Dos millones trescientos cuarenta y nueve mil setecientos doce Euros).

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

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 L'isolante 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. [Conf] 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.

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 II 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.

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.

El Abogado del Estado se muestra disconforme con dichos argumentos.

QUINTO -. Como primer motivo en apoyo de su recurso invoca la actora la caducidad del procedimiento, dado que el requerimiento efectuado por el Consejo de la CNC en fecha 22 de julio de 2013 sobre el volumen de negocios es nulo, porque se debe a un olvido de la DI, vulnerándose la seguridad jurídica del administrado, que podía legítimamente entender que la sanción a imponer se calcularía sobre la base de los datos solicitados por la DI y no otros, de este modo, entendiéndose que la información no era necesaria, el Consejo no estaba facultado para exigirla, no debiendo computarse el plazo de dicha suspensión.

Conviene precisar que el artículo 36.1 de la LDC dispone que; *"El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente..."*.

A su vez el art. 37.1.e) señala que *"El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:*

e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51..."

Y es el art. 51.1 el que establece que: *"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización..."*

Por tanto, este artículo faculta al Consejo para realizar, en el seno del procedimiento de resolución, las actuaciones complementarias que considere pertinentes y como quiera que para el cálculo de la sanción, dado que la calificación de los hechos se extiende de 2001 a 2012, era precisa la información relativa a los años 2001 a 2008 que faltaba, el requerimiento tratando de subsanar dicha deficiencia no puede considerarse innecesario



o arbitrario, ni vulnera el principio de seguridad jurídica, pues el cálculo de la sanción, tal y como la CNMC lo realiza, se ajusta o se corresponde con la información solicitada, Cuestión distinta es que el modo de cálculo sea o no conforme a Derecho, lo que será objeto de análisis en el último fundamento de esta resolución.

Así las cosas, habiéndose incoado el procedimiento el 13 de febrero de 2012, este debió concluir el 13 de agosto de 2013, pero como quiera que deben descontarse los siguientes periodos de suspensión: 1.- Del 25 de mayo de 2013 al 26 de junio de 2013 (30 días) plazo de remisión a la Comisión Europea de la propuesta de resolución del expediente en los términos en que se señala en el art. 11.4 del Reglamento CE 1/2003 y 2.- Del 22 de julio hasta el 9 de agosto de 2013 al haberse requerido información sobre volúmenes de negocios a los interesados, (17 días) el plazo finalizó el 1 de octubre de 2013. Por tanto habiéndose notificado la resolución impugnada, tal y como reconoce la actora, el 17 de septiembre de 2013, es claro que el procedimiento no caducó, por lo que dicho motivo debe desestimarse.

SEXTO.- En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales cabe destacar que el artículo 40 de la LDC, vigente hasta el 6 de junio de 2013 disponía que:

"1. El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley.

2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

a) acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,...

e) precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial."

En el caso que ahora nos ocupa concurrieron ambas circunstancias, medio consentimiento y auto judicial que describía con toda claridad el ámbito material de la inspección como *"posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o practicas concertadas anticompetitivas que podrían suponer una violación tanto del art. 1.1.de la LDC como del art. 101 del TFUE en los mercados de comercialización de aislamientos de espumas elastoméricas"*

En el mismo auto se le informaba a la empresa inspeccionada del derecho que le asistía para presentar recurso, cosa que no hizo, por lo que difícilmente puede prosperar la alegación de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la tutela judicial efectiva.

SÉPTIMO.- Se alega a continuación que se ha vulnerado su derecho de defensa al no haberse identificado la fuente de información que dio lugar a la investigación.

Dicho argumento debe correr igual suerte desestimatoria pues el artículo 49 dispone que: *"El procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación..."*

Es decir la DI es el órgano competente para incoar e investigar una conducta presuntamente contraria a la LDC, sin que sea necesario que medie una denuncia formal para ello. Lo relevante para que las partes imputadas puedan ejercer su derecho de defensa es que los hechos sobre los que la DI basa su imputación estén correctamente acreditados en el expediente, se hayan obtenido de forma lícita en el marco del procedimiento que la Ley le otorga y que las partes puedan tener un completo conocimiento de los mismos, circunstancias que concurren en el presente expediente. El hecho de que la DI identifique o no la fuente de información que dio lugar a la investigación, cuando puede actuar a iniciativa propia, es totalmente irrelevante desde el punto de vista del derecho de defensa de la parte actora, por lo que dicho motivo debe igualmente desestimarse.

OCTAVO.- La siguiente cuestión que debe abordarse se refiere a la calificación de la conducta descrita como una infracción única y continua.

Llegados a este punto, este Tribunal considera necesario realizar una precisión conceptual que puede acarrear importantes consecuencias jurídicas. Esta precisión viene motivada por el uso indistinto e indebido que se realiza en nuestra práctica y jurisprudencia, entre los conceptos de infracción continua y continuada, claramente distinguidos en el artículo 25.2 del Reglamento 1/2003.



La Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 Asunto Trelleborg Industrie SAS, T-147 y 148/09 , apartados 57 a 71 y 72 a 89, reitera y expresa con claridad la distinción entre ambos conceptos y sus consecuencias en la forma que pasamos a sistematizar. No obstante, con carácter previo, debemos precisar que las formas de comisión de la infracción, permiten calificar la infracción única, ya sea como continua o bien como continuada, pues el concepto "única" se refiere a un comportamiento continuado que tenía una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia, o incluso por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto y de sujetos

1. Concepto de infracción continua y sus consecuencias:

-La jurisprudencia permite a la Comisión presumir que la infracción, o la participación de una empresa en ella, no se ha interrumpido, aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos períodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo. Dicha apreciación debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes, acreditativos de la existencia de un plan conjunto (apartado 61).

-Cuando concurren esas condiciones el concepto de infracción continua permite, de esa forma, que la Comisión imponga una multa por la totalidad del período de infracción considerado y determine la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado (apartado 62). Todo ello sin perjuicio del derecho de la parte a desvirtuar dicha presunción.

-La consecuencia fundamental se vincula a la fijación del "dies a quo" a los efectos del cómputo del plazo de prescripción y al hecho de la responsabilidad de la empresa sancionada debe calcularse, en principio, teniendo en cuenta todo el período de duración de la infracción.

2. Concepto de infracción continuada y sus consecuencias:

-Cuando pueda considerarse que la participación de una empresa en la infracción se interrumpió y que la empresa participó en ésta antes y después de esa interrupción, esa infracción puede calificarse como continuada si, al igual que la infracción continua, existe un objetivo único perseguido por ella antes y después de la interrupción. Ello podrá deducirse de la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos afectados, de las empresas que han participado en la colusión, de las formas principales de su ejecución, de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y también del ámbito de aplicación geográfico de esas prácticas.

-En ese supuesto la infracción es única y continuada, y aunque la Comisión puede imponer una multa por todo el período de duración de la infracción, en cambio no puede imponerla por el período durante el que ésta se interrumpió.

-El origen del artículo 25.2 del Reglamento 1/2003 se encuentra en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41), del que proceden las disposiciones sobre la prescripción contenidas en el Reglamento nº 1/2003. Esta norma se refería a las infracciones «continuas o continuadas», y en la versión en lengua francesa al de infracciones «continues ou continuées, que fue sustituido en la versión en lengua francesa del artículo 25, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 , por el de infracción «continuée ou répétée», modificación que no se dio en las demás versiones lingüísticas, lo que ha dado lugar a una cierta confusión conceptual.

-Lamentablemente tenemos que consignar que por un problema de traducción, se presentan ambos conceptos como sinónimos cuando claramente no lo son, por lo que consideramos pertinente establecer la presente precisión.

En el presente caso no cabe duda de que, pese al uso indistinto que de ambos conceptos realiza la resolución recurrida, la imputación que se hace a la recurrente se refiere a la eventual existencia de una infracción continua.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua, que parten de un presupuesto irrenunciable, la existencia de un plan único de actuación conjunta de las distintas entidades implicadas.

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto Verhuizongen Coppens, C- 441/11 , apartado 41, en el que se indica que: "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, 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)".

Por su parte, el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva.

Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia de 28 de abril de 2010, del Tribunal General, asunto T-446/05 Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, apartado 92, y la jurisprudencia citada en la misma).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Esta doctrina ha sido plenamente asumida por esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 15 de julio de 2014 (recursos nº 150/2013 y 176/2013, asuntos Torres Epic y Tepol).

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que con carácter general, el derecho sancionador español ha descrito la infracción prolongada en el tiempo en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que dispone: "Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

La construcción española de la infracción continua obedece a un principio inspirador, importado del proceso penal, que tiene por objeto atenuar la responsabilidad del infractor, mientras que la concepción dimanante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se inspira en la doctrina anglosajona de la conspiracy.

Dicha concepción tiene por objeto establecer una presunción en favor de la Comisión, a los efectos de facilitar la prueba de la participación de las empresas en infracciones complejas y de larga duración en las que no necesariamente se dispone prueba directa de la participación del sujeto infractor durante todo el período de la vulneración del Derecho de la Competencia. Naturalmente esta presunción admite prueba en contrario.



Por otra parte, puede observarse que el texto legal español emplea la expresión infracción continuada sin efectuar la distinción a la que hemos hecho referencia entre infracción continua y continuada.

En el caso que ahora nos ocupa estamos ante una única conducta, con un único objeto, poder incrementar los precios de la espuma elastomérica para aislante en el mercado español, y llevada a cabo por los mismos sujetos. Es una conducta de larga duración, y el uso de distintos tipos de instrumentalizaciones durante su duración es perfectamente compatible con las necesidades de la misma. Así, durante su gestación pueden resultar necesarias, e incluso imprescindibles, reuniones entre las partes para conocer primero sus posiciones, consensuar su objetivo y debatir después las formas concretas de lograr dicho objetivo. Por el contrario, una vez puesta en marcha la conducta, la misma puede mantenerse sin más que intercambiarse puntualmente, de forma anual como es el caso, las subidas de precios de unos y otros para conseguir una aplicación de los mismos homogénea y consensuada, perpetuando así los acuerdos alcanzados al inicio de su relación, y sin que para ello sea necesario el contacto presencial mediante una reunión que sí pudo resultar necesaria en los comienzos de la conducta. Esto es lo que define el perfil de la conducta, sin que por ello deban entenderse conductas diferenciadas, como pretenden los imputados.

No es infrecuente que en conductas de esta naturaleza, y con esta larga duración, puedan ocurrir incumplimientos puntuales, e incluso ciertas guerras de precios en la lucha por algún cliente o darse periodos de tiempo donde no constan actuaciones concretas de la misma naturaleza. Ciertamente en este expediente constan también indicios de estos posibles sucesos, sucesos que no impidieron que hasta pocas semanas antes de las inspecciones domiciliarias realizadas por la Dirección de Investigación todavía hubiese intercambios de listados de tarifas y preguntas sobre si unos u otros iban a subir precios. Dado pues que estamos ante una conducta única cuya continuidad está acreditada, no procede admitir ninguna de las alegaciones respecto a la prescripción de los hechos acontecidos antes de 2011, algunos de los cuales han sido incluso reconocidos como contactos inapropiados bajo las normas de defensa de la competencia, por alguno de los propios imputados.

Se trata pues de una conducta, cuya declaración de unicidad y continuidad es conforme a la doctrina nacional y comunitaria, conducta que resulta infractora de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

NOVENO.- Se refiere, a continuación la actora a la vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE por vulnerar los principios que fundamentan la carga de la prueba. Entiende que la conducta sancionada no es apta para restringir la competencia y que se ha hecho una interpretación forzada de los hechos.

La resolución impugnada señala que: " *Los hechos probados en este expediente revelan la existencia de una reunión en octubre de 2001 (HP 3.1) entre los dos principales fabricantes-distribuidores de espuma de propietileno como material aislante en el mercado español, ambas imputadas como infractoras de la LDC por la DI en la propuesta elevada a este Consejo. La existencia y contenido de dicha reunión se documenta mediante la minuta de la misma, localizada durante la inspección realizada en la sede de K-Flex. En ella se relata que se habló de: los precios relativos de distintos productos; de que Armacell les habría propuesto que subieran los precios de algunos productos determinados, y que eliminaran otros; Armacell les habría presentado un estudio con los descuentos que se estaban aplicando a cada producto, sin contar los extras, por volumen, por rappel,... planteándose ir reduciendo primero los descuentos extras para terminar por eliminarlos del todo, después reducir el descuento por pronto pago hasta el 2%, y luego cambiar los descuentos base de algunos productos. Después se habló de repartirse las obras siguiendo el criterio de la cuota, y que se repartirían a los precios nuevos después de los nuevos descuentos máximos, llegando incluso a plantearse hacerlo ante notario, y citando el cártel de la construcción que manifiesta conocer uno de los presentes. También plantean la exigencia de que las marcas blancas sufran los mismos incrementos de precios. Respecto a los precios mínimos que deben acordar los dejan para un próximo encuentro, pero avanzan que no deben situarse por encima del 10% del precio de los competidores. Continúa la reunión con el tema del respeto de clientes, y se especifican nombres de clientes a compartir y nombres de clientes que serían para K-Flex. La reunión finalizó entonces, y según aprecia el redactor de la minuta, con gran desconcierto de Armacell al descubrir que la presencia de K-Flex era más amplia de lo esperado. Siguiendo con las apreciaciones del redactor de la minuta, de los dos representantes de Armacell, uno de ellos no parecía muy convencido de posibles acuerdos, y no confiaba en que el otro pueda controlar a los delegados.*

Los imputados no desmienten la existencia de esta reunión ni su contenido, al que reconocen un carácter potencialmente anticompetitivo, aunque sostienen que no hay prueba de que en esta reunión se llegase a ningún acuerdo formal, pretendiendo con ello que lo tratado en ella no deba ser tenido en cuenta a la hora de calificar su conducta como anticompetitiva, ignorando que en dicha minuta se refleja también el ánimo de las partes de reunirse de nuevo para llegar a un acuerdo que incluía coordinarse en precios, respetarse ciertos clientes y repartirse otros. Aun en el caso, que no, de que no hubiese habido hechos posteriores que probasen la existencia de un acuerdo el contenido de la reunión es por sí mismo anticompetitivo, pues como mínimo acreditaría un

intercambio de información entre las partes que inevitablemente reduce la incertidumbre sobre el probable comportamiento del competidor, alterando por tanto las condiciones competitivas del mercado.

K-Flex alega que la reunión de 2001 fue por iniciativa de Armacell, y que la actitud de K-Flex fue totalmente pasiva. Independientemente de donde surgiese la iniciativa, la realidad de los hechos muestra que lo acontecido después de dicha reunión responde a la existencia de un acuerdo tras la misma. Esa y no otra lectura puede hacerse de los correos que se conocen con posterioridad a la reunión, en la que se habla del acuerdo y su posible incumplimiento en ocasiones, lo que en ningún caso puede valorarse como una actitud pasiva..."

De todo ello no cabe sino concluir que tras la reunión de 2001, los imputados alcanzaron acuerdos anticompetitivos y que tanto K-Flex España como la matriz Italiana, eran no solo perfectamente conocedoras de esas conductas, sino protagonistas, y que se mantenían contactos no ya con Armacell Iberia, sino con miembros del Consejo de Administración de su holding o matriz. Se habla también sobre dos casos en los que Armacell habría estado ofertando precios inferiores a lo acordado, pues sino no puede explicarse el contenido del correo, ya que en el mismo se estaría hablando de que Armacell les habría quitado dos clientes, lo cual, si no hubiese un acuerdo previo, no podría haber motivado ni el tono del correo ni expresiones posteriores como "el colmo del acuerdo" para referirse a un intento de Armacell de captar a uno de los distribuidores de K-Flex. El que haya incumplimientos, como revela este hecho, lejos de acreditar una feroz competencia como pretenden los imputados no hace sino corroborar la existencia de un acuerdo previo, acuerdo anticompetitivo que si no se hubiese puesto en marcha no habría dado lugar, evidentemente, a posibles incumplimientos.

Y de nuevo, en correo electrónico de noviembre de 2004 (HP 3.4) de idéntico emisor y receptores, se denuncia que Armacell no está dispuesta a subir lo acordado. Es decir, que consta en el expediente un acuerdo en materia de precios y clientes, reconocido por parte de directivos de K-Flex, y que este estaría incumplándose en determinadas ocasiones...

Consta también acreditada una reunión el 26 de julio de 2005 (HP 3.5) mediante las notas manuscritas localizadas en la inspección de Armacell, en el despacho del Director Comercial de ARMACELL (desde octubre de 2005,) en la que se anota que K-Flex está de acuerdo con la subida. Si bien no constan en dicha nota los asistentes a la reunión, sí se reflejó la conformidad de K-Flex con la subida, ya fuera porque estaban presentes en la reunión, o porque previamente se lo hubiesen comunicado a algún asistente a la misma. Notas localizadas en el despacho de un directivo de Armacell en las que consta que su competidor, K-Flex, con el que venía manteniendo acuerdos en el pasado, está conforme, en julio de 2005, con una subida de precios para el 1 de enero de 2006.

Sobre los años siguientes, entre los meses de julio a octubre hay pruebas directas de que Armacell, a través de su Director Comercial, enviaba anualmente un correo electrónico a K-Flex, a su Director General y/o a su Director Comercial, con archivos adjuntos que contenían los precios del año siguiente. El correo de 11 de octubre de 2006 (HP 3.6) contenía las tarifas para 2007. En septiembre de 2007 (HP 3.7) en un primer correo hablan de fijar la estrategia para dos productos concretos, en el segundo correo del mismo mes se pregunta si han podido "mirar la propuesta de subida de precios de 2008", y en un tercer correo, del mes de octubre, se envía un cuadro titulado "Resumen de subida de precios enero".

En correo de 29 de julio de 2008 (HP 3.8), el Director Comercial de ARMACELL envía a K-Flex varios documentos: una carta dirigida a los clientes, fechada el 1 de septiembre, y el resumen de la subida de precios, llamando su atención sobre que la subida de un determinado producto va a ser del 10% y no del 8% como indica el cuadro adjunto, con el fin de aproximar dicho precio al de otro de sus productos. Se le anuncia también que en breve les enviarán el fichero con la "Tarifa PVP Octubre 2008". K-Flex, en correo interno de 15 de julio de 2008 se refiere ya a una carta de Armacell en inglés, fechada el 1 de julio y firmada por el Vicepresidente de Armacell en EEUU exponiendo las razones de la subida, y cuyo contenido era similar a la carta enviada por Armacell a KFlex en el correo de 29 de julio. En correo electrónico de 4 de septiembre de 2008 KFlex envía, en correo interno del Director Comercial al Director General y otros miembros, una carta destinada a clientes para advertirles de la subida planeada para octubre de 2008, la carta está fechada el 27 de agosto de 2008, firmada por el Director Comercial de K-Flex (desde 2004) y anuncian una subida para el 20 de octubre. Es decir, K-Flex y Armacell subieron los precios en el mismo periodo, octubre de 2008, hablaron sobre ello varios meses antes, y adoptaron igual estrategia de comunicación a sus clientes, con cartas de equivalente contenido. En dicho correo, el Director Comercial de K-Flex dice que Armacell ya ha comunicado a sus clientes la subida (la carta de Armacell estaba fechada en el 1 de septiembre), que ésta será del 5 al 10%, y que aún no han visto sus nuevas Listas de Precios.

También en 2008, consta acreditado en el expediente mediante acta de una sesión extraordinaria del Business Team de Armacell (celebrada en Bagur, pero en el ámbito de todo el negocio europeo, y con la asistencia del responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU), que "con el competidor K-Flex sigue habiendo un respeto equilibrado".



Si bien no constan contactos en 2009 entre K-Flex y Armacell, es importante señalar que en este periodo no hubo subida de precios ya que en 2008 se habían producido dos, una en enero y otra en octubre. Sí consta la acreditación del seguimiento de precios de Armacell sobre K-Flex durante 2009 (HP 3.9), y en ese contexto una solicitud del responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU al Director Comercial de Armacell en España sobre "el documento original", con el compromiso de "No te preocupes que no se lo daré a nadie", en referencia una comparación de precios entre los suyos y los "precios netos de ellos". Una hora más tarde, el Director Comercial de Armacell en España le envía un cuadro comparativo de los descuentos sobre tarifa y las tarifas que en 2009 están aplicando ellos y K-Flex para 3 productos concretos...

El 29 de diciembre de 2011, el Director Comercial de Armacell en España envía correo al Director General de K-Flex en España en el que se adjunta una carta de ajuste de precios para 2012 y una circular informativa sobre precios de 2012. Poco después, el 9 de enero de 2012 (HP 3.12) Armacell le pregunta a K-Flex mediante correo electrónico si van a subir precios en 2012."

Todos estos hechos acreditan, no de forma indiciaria, sino directa, la existencia de contactos entre las imputadas, que por su naturaleza y contenido, son contrarios a las normas de defensa de la competencia, lo que Armacell reconoce en sus alegaciones. El informe pericial presentado por la actora cuya finalidad es básicamente analizar las perspectivas del negocio de K-Flex no desacredita la conclusión de participación directa de la actora en la conducta sancionada, por lo que el motivo invocado debe desestimarse.

En este aspecto se recuerda la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

"(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado. (63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

En el caso analizado no consta que la recurrente concedora de los acuerdos por su participación, aun cuando fuera en una única reunión, -que ya hemos señalado que no- se apartara expresamente del grupo o manifestara su oposición a ese tipo de prácticas, al contrario consta su seguimiento y control específico y, además, seguía activa en el mismo sector de actividad lo cual permite concluir que su participación era activa y conocía los acuerdos que se estaban adoptando sobre precios.

Los acuerdos antes descritos son anticompetitivos por su objeto habida cuenta de que por su propia naturaleza son aptos para restringir la competencia en el mercado. Este tipo de acuerdos choca manifestadamente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado. En efecto, el artículo 81 CE, apartado 1, prohíbe cualquier forma de coordinación que sustituya conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre los empresarios". Además, las conductas que suponen acuerdos sobre precios son por su propia naturaleza muy graves, y así lo establece explícitamente tanto la jurisprudencia del TJUE, así, la STJUE de 9 de julio de 2015 Innolux/Comisión como la Ley 15/2007 (artículos 61 y ss).

DÉCIMO.- Y por lo que se refiere a la imputación de responsabilidad a la empresa matriz, el artículo 61.2 LDC 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"

Como recuerda la resolución impugnada, este precepto recoge la doctrina comunitaria, que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo.

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: *" el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."*

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. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08). 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.

Conforme a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava) sentencia de 16 junio 2011 En los asuntos acumulados -204/08 y T-212/08, Team Relocations NV 150) *"en el caso específico de una sociedad matriz a la que pertenece el 100% del capital social de su filial autora de un comportamiento infractor, como en el presente asunto, hay una presunción rebatible de que la matriz ejerce una influencia decisiva en la política comercial de su filial (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 50, y de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 29, y las sentencias del Tribunal General de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartados 961 y 984, y de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T-112/05, Rec. p. II-5049, apartado 62). Esa jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 274), Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237). "*

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.

UNDÉCIMO.- Alega la actora que debe ser de aplicación la Ley 16/89 porque es más favorable al, exigir motivación por superar un importe determinado en la cuantía de la sanción y no exigirlo la Ley 15/2007. Lo cierto es que dicho argumento no puede ser de recibo cuando en el presente supuesto la resolución ha motivado la imposición de la sanción, ahora bien como quiera que la actora también se refiere a que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía y en este caso la sanción se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009), por ese único motivo, esta Sección estima y acepta la afirmación de la recurrente de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias. Y ello nos llevan a la estimación del recurso contencioso administrativo pero exclusivamente en este punto y se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia a



que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia.

DUODÉCIMO.- Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo no se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

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.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 05/07/2016 doy fe.