

## **RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRICA)**

### **CONSEJO**

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera  
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 12 de septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D<sup>ña</sup>. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRICA incoado de oficio por la Dirección de Investigación (DI) contra las empresas ARMACELL y K-FLEX y, posteriormente contra sus matrices LÍ SOLANTE K-FLEX SRL y FOAM INVESTMENT II SARL, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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.
4. En el marco de la investigación se han realizado diversos requerimientos de información a las empresas imputadas: el 29 de marzo de 2012 (*folios del 961 al 972*), respondidos el 17 y 19 de abril de 2012; el 16 de mayo, respondido (*folios del 1053 al 1056*) el 22 de mayo de 2012 y el 4 de junio (folios 1086 a 1103); y el 6 de junio (folios del *1578 al 1583*) respondido el 8 de junio de 2012 (folios 1590 a 1593).
5. El día 5 de julio de 2012 la DI acordó la ampliación de la incoación a las matrices tanto de ARMACELL como de K-FLEX, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008), entendiéndose que desde ese momento las actuaciones practicadas se entenderán también con las sociedades L'ISOLANTE K-FLEX Srl y a Foam Investment II Sarl.
6. El 25 de julio de 2012 la DI formuló el Pliego de concreción de hechos (PCH), notificándoselo a las partes interesadas. Se recibieron las alegaciones al PCH en las siguientes fechas: el 20 de agosto la respuesta a la solicitud de información contenida en el PCH y escrito de Alegaciones de ARMACELL (folios 2155-2245 conf). También el 20 de agosto se recibieron las alegaciones de ISOLANTE K-FLEX. El día 22 de agosto tiene entrada en la CNC el escrito de alegaciones de FOAM INVESTMENTS.
7. El día 7 de septiembre de 2012 se dicta Acuerdo de cambio de instructor del expediente.
8. El 14 de septiembre de 2012 la empresa ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA, presenta nueva documentación complementaria a la presentada el día 20 de agosto (folios 3008-3609).
9. El 19 de septiembre de 2012 se dicta el Acuerdo de cierre de la fase de instrucción.
10. El 18 de enero de 2013 la Dirección de Investigación dictó Propuesta de Resolución (folios 3652 a 3743) que se notificó a las partes ese mismo día. El día 7 de febrero de 2013 tienen entrada en la sede de la CNC escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución de ARMACELL IBERIA (folios 3794 a 3896); los días 12 y 18 de febrero de 2013 se reciben las alegaciones de ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA (folios 3837 a 3899 y 4060 a 4076 respectivamente); y el 14 de febrero de 2013 las de FOAM INVESTMENTS (folios 3900 a 3967).
11. El 15 de febrero de 2013 la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC su Informe Propuesta de Resolución junto con el expediente para su resolución de acuerdo con el art. 1 de la LDC y 101 TFUE (folios 3964 a 4059).
12. El 27 de mayo de 2013 el Consejo dictó Acuerdo para la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se

señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, informando a los interesados y suspendiendo con fecha 25 de mayo de 2013, en base al artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007 el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea, se diera respuesta a la información remitida. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 3 de julio de 2013, se acordó y notificó la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, con efectos de 26 de junio de 2013.

13. El 29 de mayo de 2013 Foam Investments firma un acuerdo para la venta de su participación en Insulation Spain Holdings S.L.U. a Charterhouse. Esta operación fue notificada a la CNC el 21 de mayo de 2013 y se registró bajo la referencia C-0510/13.
14. El 11 de junio de 2013 Armacell solicitó dispensa del deber de secreto con respecto al contenido de la Propuesta de Resolución a efectos de que el adquirente de Insulation Spain Holdings S.L.U. pudiera tener conocimiento de dicho documento. El 18 de junio de 2013 el Consejo dictó Acuerdo de alegaciones, recibándose el: 28 junio de 2013 las de FOAM INVESTMENTS (folio 4217) y el 1 de julio de 2013 las de ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA e L'ISOLANTE K-FLEX SRL (folios 4218 a 4222).
15. El 5 de julio de 2013 ARMACELL (folios 4232 a 4236) presenta escrito de desistimiento de su solicitud de 11 de mayo, y el 9 de julio de 2013 se dicta Acuerdo de aceptación de desistimiento.
16. El 18 de julio de 2013 se dirigen requerimientos de información sobre volúmenes de negocios a las interesadas con suspensión del plazo para resolver, recibándose las contestaciones los días 2, 5 y 8 de agosto. El levantamiento de la suspensión de plazo se acordó el 9 de agosto.
17. Son interesados en este expediente:
  - ARMACELL IBERIA SL
  - FOAM INVESTMENT II SARL
  - L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA SA
  - L'ISOLANTE K-FLEX SRL
18. El Consejo finalizó la deliberación y falló esta resolución el 4 de septiembre de 2013.

## **HECHOS PROBADOS**

Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información obtenida por la Dirección de Investigación procedente de la documentación recabada en las inspecciones de 25 de enero de 2012 en las instalaciones de las empresas imputadas y de las respuestas a los diferentes requerimientos de información realizadas por la DI. Todo ello ha sido relatado en el correspondiente Informe Propuesta de Resolución (IPR) como sigue:

## 1. Sobre las partes

### “3.1. L’ISOLANTE K-FLEX

- (16) *L’ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA SA (K-FLEX) 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.*
- (17) *En el año 2000 uno de los socios fundadores de L’ISOLANTE KAIMANN ESPAÑA SA, el Sr. [Conf] 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.*
- (18) *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.*
- (19) *K-FLEX tiene actualmente su domicilio social en la Avenida del Sistema Solar 7, nave E, en el Polígono Tecnológico de San Fernando de Henares en la localidad madrileña del mismo nombre.*
- (20) *Además de estos locales, dispone asimismo de un centro de trabajo en la calle Energía 63-65, Polígono Industrial Nord Est- Sector Can Sellarés, en Sant Andreu de la Barca, Barcelona.*
- (21) *Además de su propia red comercial, K-FLEX cuenta con agentes comerciales independientes<sup>1</sup> multimarca, que llevan a cabo tareas de comercialización de sus productos en nombre y por cuenta de esta mercantil. Estos agentes disponen de depósitos y almacenes de material para dar servicio de suministro a los clientes de la compañía (folio 1030).*
- (22) *En la actualidad, conforme a la información aportada por la propia sociedad, el Director Comercial de la compañía es D. [conf] desde junio de 2004, actuando D. [conf]<sup>2</sup>, igualmente desde junio de 2004 como Director General, también con funciones comerciales, de esta sociedad<sup>3</sup> (folio 1031).*
- (23) *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.*
- (24) *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*

<sup>1</sup> Independientes en el sentido de que no existe ninguna vinculación laboral entre los agentes comerciales y K-FLEX.

<sup>2</sup> Desde marzo de 2002 a junio de 2004 D. [conf] desempeñó el cargo de Director Comercial de K-FLEX.

<sup>3</sup> Los directivos de la matriz italiana son D.[conf] y D. [conf].

- (25) *K-FLEX informa que las ventas realizadas por esa mercantil en mercados distintos del español fueron, en valor y en función de las ventas totales, de [0%-10%] en 2009, de [0%-10%] en 2010 y de [0%-10%] en 2011.*
- (26) *Esas exportaciones se dirigieron exclusivamente a los mercados de Andorra, Italia y Portugal.*
- (27) *Por lo que respecta a las ventas realizadas en el EEE, el porcentaje de ventas en mercados distintos del español, y en relación con el total de ventas de la empresa fue de un [0%-10%] en 2009, un [0%-10%] en 2010 y un [0%-10%] en 2011.*
- (28) *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.*
- (29) *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).*
- (30) *Estos costes de comercialización son: i) costes de adquisición del producto, ii) costes de transporte, y costes generales ligados a la explotación del negocio.*

### **3.2. ARMACELL**

- (31) *ARMACELL IBERIA SL es una sociedad dedicada a la fabricación y venta de materiales aislantes para sistemas de calefacción y climatización, entre los que se encuentran los aislamientos de espuma elastomérica, que está controlada íntegramente por la sociedad Insulation Spain Holdings SLU. Ambas están domiciliadas en España y comparten la misma sede social, que está situada en la Calle Maghí 1, en el Polígono Industrial Riera d'Esclanyá, en la localidad de Begur (provincia de Girona) (folio 999).*
- (32) *Por su parte, Insulation Spain Holdings SLU es una sociedad participada desde el 15 de diciembre de 2006 al 100% por FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l<sup>4</sup> (FOAM INVESTMENTS II), y empresa cabecera del grupo ARMACELL (folio 1078).*
- (33) *Según declaración aportada por la propia sociedad, FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l es una sociedad holding de mera tenencia de acciones y no desarrolla ninguna actividad en el sector de aislamientos de espuma elastomérica.*
- (34) *FOAM INVESTMENTS II tiene intereses en otras sociedades del sector de espuma elastomérica: Armacell International Holding GmbH y Armacell Insulation UK Holding Ltd (folio 1858).*

---

<sup>4</sup> FOAM INVESTMENTS II es una sociedad domiciliada en el Gran Ducado de Luxemburgo.

- (35) *ARMACELL dispone de una filial en Brasil, de cuyo capital el 99,99%, es controlado por Armacell Brasil Sociedade Ltda, con domicilio social en Rua José María Lisboa 4, 8 Sao Paulo (Brasil).*
- (36) *ARMACELL cuenta asimismo con una Oficina de Representación en Portugal, con domicilio en la Avenida Coronel Eduardo Galhardo, 30C, Penha de França (Lisboa).*
- (37) *Además de la sede de Begur, donde está situada la única planta de producción<sup>5</sup> de que dispone en España, cuenta con un almacén regulador y una delegación de ventas situados en la localidad de Pinto (Madrid) y de una red de oficinas comerciales situadas en las ciudades de Barcelona (Calle Consell de Cent, 83), Bilbao, Sevilla, Málaga y Vigo (Avenida García Borbón, 120).*
- (38) *Según estimaciones de la consultora Alimarket la cifra de negocios alcanzada por ARMACELL en el segmento de aislamientos de espuma elastomérica ascendió en total a 17,98 M€ en 2010 y a 18M€ en 2011.*
- (39) *Por lo que respecta al destino geográfico de las ventas de estos productos que realiza ARMACELL, dos tercios de las ventas se efectúan en el mercado español, siendo Portugal el único país del EEE donde las ventas superan el [10%-15%]. Las ventas a otros mercados nacionales del EEE son (excluyendo las ventas internas intra-grupo) prácticamente irrelevantes, conforme a los datos, en valor, aportados por la propia ARMACELL:*

<b>VENTAS DE AISLAMIENTOS DE ESPUMA ELASTOMÉRICA POR DESTINO GEOGRÁFICO</b>			
<b>PAÍS DESTINO EXPORTACIÓN</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>
<i>España</i>	<i>[70%-80%]</i>	<i>[70%-80%]</i>	<i>[70%-80%]</i>
<i>Portugal</i>	<i>[10%-20%]</i>	<i>[20%-30%]</i>	<i>[10%-20%]</i>
<i>Otros UE (ventas internas)</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>
<i>Otros Europa</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>
<i>Extra-europeos</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>	<i>[0%-10%]</i>

*Fuente: ARMACELL*

- (40) *A diferencia de K-FLEX que comercializa los productos que adquiere de su matriz y de terceros, ARMACELL tiene planta de producción en España, como ya se ha indicado.*
- (41) *ARMACELL fabrica en la planta de Begur coquillas y planchas de espuma elastomérica para su uso como aislamiento. El material de espuma elastomérica que emplea para ello proviene de una planta de producción que el grupo ARMACELL tiene situada en Alemania (folio 996).*

*Según la información aportada por ARMACELL, su estructura de costes ofrece una alta variabilidad, dependiendo de varios factores: i) el precio del transporte*

<sup>5</sup> *En la planta de producción de la localidad gerundense de Begur se fabrican espumas elastoméricas, espumas de polietileno y productos pre-aislados.*

*de los materiales importados, ii) el precio de la materia prima base empleada para la fabricación de estos productos, y iii) el sistema de producción utilizado (producción en continuo vs. producción en lotes) (folios 995 y 996)”.*

## **2. Sobre el mercado**

### **“4.1. Mercado de Producto.**

- (42) *Las prácticas objeto de este PCH se enmarcan en el mercado de fabricación y venta de aislamientos de espuma elastomérica<sup>6</sup>.*
- (43) *La espuma elastomérica es un producto perteneciente a la categoría más amplia de espumas flexibles que se emplean como aislamiento de instalaciones industriales y equipos en los edificios: Frío Industrial, Refrigeración, Aire Acondicionado, Agua Sanitaria y Calefacción.*
- (44) *La materia prima de base que se utiliza para la fabricación de la espuma elastomérica se basa en dos tipos de caucho sintético, el caucho nitrilo butadieno, y el caucho de etileno propileno dieno.*
- (45) *Cada producto de aislamiento tiene su propia referencia, siendo la referencia de los aislamientos de espuma elastomérica la norma comunitaria “FEF7”. Los productos de mayor venta son los llamados “diámetros amplios” y “tuberías pequeñas”.*
- (46) *De los productos de espuma elastomérica que hay en el mercado, el primero y más conocido es el de la marca Armaflex, fabricado y comercializado por ARMACELL, seguido por la marca K-Flex.*
- (47) *Otras marcas de productos similares, pero con muy poca cuota de mercado, son Vidoflex, Isoline, Eurobatex, Isocell, IT Flex, Aeroflex etc., sin contar con las marcas blancas que están ganando peso y presencia en el mercado de referencia.*
- (48) *Para atender los sectores del mercado, cada fabricante comercializa y promociona un producto que denomina con dos letras y la marca o la marca con los distintos diámetros para tuberías y espesores, así como rangos de temperaturas, por ejemplo, “AF/Armaflex”, “SH8/Armaflex” o “K-FLEX 32, 40...”.*
- (49) *Las gamas de aislamiento de espuma elastomérica más vendidas por K-FLEX en los últimos cinco años son las siguientes: “K-Flex ST”, “K-Flex EC” y “K-FLEX SOLAR”.*

---

<sup>6</sup> *La espuma elastomérica es un aislante con un excelente rendimiento en baja y media temperatura y de fácil instalación, reduciendo al máximo los costos de mano de obra. Posee en su estructura una barrera de vapor y un comportamiento totalmente ignífugo. Coef. de conductividad: 0,030 kcal/h·m·°C Temperatura de trabajo óptima: -40 a 115 °C.*

<sup>7</sup> *Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 89/106/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre los productos de construcción (2010/C 167/01).*

<sup>8</sup> *La denominación SH ha remplazado al IT, producto que comercializaba ARMACELL.*

- (50) La gama "K-Flex ST" aglutina coquillas y planchas elastoméricas flexibles, de células cerradas, con base de caucho extrusionado y vulcanizado de color negro. Tales características confieren a este producto elasticidad y adaptabilidad para distintos usos, como por ejemplo instalaciones civiles e industriales de refrigeración y climatización, aislamiento de depósitos, uniones, tuberías y, en general, todas las aplicaciones que necesiten emplear un aislamiento (folio 1099).
- (51) Por su parte, la gama "K-Flex EC" comprende tubos aislantes flexibles de célula cerrada y base de espuma elastomérica/vulcanizada y de color negro. Se caracterizan por contener un alto porcentaje de caucho vulcanizado, lo que confiere al producto elasticidad y adaptabilidad para distintas situaciones de empleo (folio 1100).
- (52) En el caso de ARMACELL las gamas principales que comercializa son el SH, un producto dirigido al aislamiento de instalaciones de calefacción y fontanería, y el AF, que se emplea como aislamiento en instalaciones de refrigeración y climatización.
- (53) Según un informe de Alimarket sobre el sector de aislamientos<sup>9</sup> en el mercado español, en el segmento de aislamientos de espuma elastomérica operan en España una decena de empresas, generándose en 2011 una cifra de negocios total de 28 M€, lo que representa un 8,5% del mercado nacional de aislamientos.
- (54) El mercado español se encuentra fuertemente controlado por el capital extranjero, siendo las principales empresas que operan en el mismo ARMACELL, K-FLEX, Overseas Konstellation Company, Recticel Ibérica, Trocellen Ibérica y Kaimann.

#### **4.2. Cuotas de mercado**

- (55) Según el informe de la consultora Alimarket, ARMACELL es la empresa líder, con una cuota de mercado correspondiente al año 2011 en el segmento de aislamientos de espuma elastomérica en España del 44%, seguida por la filial española de la italiana L'ISOLANTE K-FLEX Sarl, con una cuota estimada en el mercado español del 18%.
- (56) K-FLEX, en la información aportada en la fase de instrucción, considera que el principal operador en el sector de productos de aislamiento de espuma elastomérica es ARMACELL, siendo otras empresas con cuotas relevantes en este mercado Isopipe y Kaiflex.
- (57) Por su parte, ARMACELL proporcionó estimaciones de sus cuotas de mercado y las de sus principales competidores, como aparecen indicadas el cuadro siguiente expresados en horquillas de porcentajes:

---

<sup>9</sup> Otros aislamientos están fabricados con poliuretano, poliestireno, madera y corcho, arcillas expandidas, vidrio celular, caucho, perlita y vermiculita.



<b>CUOTAS DE MERCADO EN VALOR DE ARMACELL/K-FLEX Y RESTANTES COMPETIDORES EN EL MERCADO ESPAÑOL DE AISLAMIENTOS DE ESPUMA ELASTOMÉRICA</b>			
<b>Empresa</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>
Armacell	[60%-70%]	[60%-70%]	[60%-70%]
L'Isolante K-Flex	[20%-30%]	[20%-30%]	[20%-30%]
OK Company	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
3 I Isopipe	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Kaimann	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Otros	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]

Fuente: ARMACELL

- (58) En el informe de Alimarket, se indican las cifras de negocio de aislamientos de espuma elastomérica generadas por cada una de las empresas más destacadas del sector para el 2010 y el 2011, así como el porcentaje de producto destinado a exportaciones en 2011:

<b>FACTURACIÓN EMPRESAS DEL MERCADO DE AISLAMIENTOS DE ESPUMA ELASTOMÉRICA AÑOS 2010-2011 (en millones de Euros) Y PORCENTAJE EXPORTACIÓN 2011</b>			
	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>% Exportación 2011</b>
Armacell	17,98	18	30%
L'Isolante K-Flex	6,3	6	15%
Overseas Konstellation Company SA (OK Company)	3,3	3,5	40%
Recticel Ibérica SA	3,6	2,8	10%
Trocellen Ibérica SA	2,9	2,5	20%

Fuente: Alimarket Febrero/Marzo 2012

- (59) Por tanto, se observa que la empresa líder del mercado es ARMACELL, seguida de K-FLEX como segunda entidad en relevancia entre las empresas que operan en el mercado español de aislamientos de espuma elastomérica. Igualmente se observa la presencia de otras empresas como OK Company y Recticel Ibérica.

#### **4.3. Mercado geográfico.**

- (60) Hay diversas razones por las que se podría considerar el mercado de aislamientos de espuma elastomérica de dimensión superior al nacional: i) en ambas sociedades, la materia prima, bien como bien terminado (caso de K-FLEX) bien como bien intermedio (ARMACELL), proviene de proveedores situados fuera de España, preferentemente de proveedores propios en operaciones intra-grupo, ii) los bienes básicos a partir de los cuales se fabrica la goma elastomérica son caucho sintético (derivado de hidrocarburos primarios) cuyos precios se negocian y fijan a nivel internacional; iii) los productos de aislamiento de espuma elastomérica están sujetos a normativa técnica

comunitaria<sup>10</sup>, iv) ambas sociedades son parte de grupos empresariales internacionales y v) hay comercio transnacional de aislamientos de espuma elastomérica.

(61) En todo caso, no se han identificado precedentes nacionales ni comunitarios relativos al mercado de aislamientos de espuma elastomérica, pudiendo considerarse a efectos de este expediente las conductas llevadas a cabo en el mercado nacional”.

### 3. Sobre las conductas denunciadas y los hechos relacionados

#### 3.1. “2001: Reunión entre K-Flex y Armacell que tratan la fijación de precios mínimos, reparto de clientes, y eliminación de descuentos. Se plantean distintos responsables.

(62) Consta que al menos desde 2001 las sociedades imputadas mantenían relaciones y contactos, como se prueba en el documento titulado “Reunión 23-10-01 K-A”, recabado en la inspección domiciliaria realizada en los locales de K-Flex, y que resume como sigue el contenido de la reunión (folio 385-387):

- “Establecen que el AF y el ST están en primera división. Para eso nos preguntan por la calidad del AF, y ya que le vemos al nivel de AF y/o superior cuestionan por qué no le ponemos al nivel de precio AF.
- Pretenden no subir el AF reduciendo así el diferencial existente con el IT y el ST, según sus cálculos es del 50%. La idea parece ser mantener el AF en primera reduciendo al máximo el diferencial con la segunda ST-IT, pero por ahora le han dejado fuera del estudio.
- Su principal propuesta<sup>11</sup> es que subamos el ST al nivel de AF y el EC al nivel de IT y así eliminar el AC<sup>12</sup>”. Parece que les pesa los almacenes de todos los productos y el bajo precio-volumen de AC.
- En su estudio de precios presentan los siguientes datos:
 

○ AF 55%	ST 72%	75%
○ IT 58% admitiendo el 59%		
○ AC 58%	EC 79%	6y9 78%
○ SH 57%	resto	76%
○ Duct 48%	Duct	75%

Estos son los descuentos base y no contabilizan los extras, volumen, rappel, grupos, campañas, etc.

- Se plantea como primer objetivo el reducir, de forma progresiva, los descuentos extras hasta cero.

<sup>10</sup> Reglamento EN14304/2009 sobre marcado CE aplicable a aislamientos térmicos para instalaciones y equipos.

<sup>11</sup> Propuesta atribuible a ARMACELL.

<sup>12</sup> AF e IT son los acrónimos de los principales productos de ARMACELL, en tanto ST y EC lo son de K-FLEX.

- *El pronto pago a 30 días se reducirá al 2%.*
- *Nuestra propuesta de los portes les encantó, y estudiaron un escalado similar por cuantía económica, portes pagados para unas 100 ó 150 mil Ptas., ofreciendo al cliente la posibilidad de elegir entre la tabla por cajas o por valor en euros.*
- *El ST tendrá un nuevo descuento base del 44% al reducir la lista al público, y el IT subiría ¿un 10% lineal? Con una base de 58%. El AF le mantendrán un diferencial del 30% con respecto al IT-ST.*
- *En las obras proponen hacer un reparto según la cuota de cada uno. Se pondrían las obras sobre la mesa y las repartiríamos, a unos precios acordados con los nuevos descuentos máximos, primero entre FV-MP<sup>13</sup>, segundo entre WW<sup>14</sup>-DP<sup>15</sup>, y en última instancia en notario (cartel de la construcción<sup>16</sup> que conoce WW).*
- *Las nuevas PVP deberían salir a la calle el próximo 15 de noviembre con efecto entre el 15 de enero y el 15 de febrero, con un mes de carencia para obras en curso.*
- *Exigen que las marcas blancas sufran los mismos incrementos de precios.*
- *En las medidas populares de AA<sup>17</sup>, pensamos que entre los dos tenemos el 80% del mercado por lo que debemos estudiar, para el próximo encuentro, el precio mínimo a dar, situándonos como máximo un 10% por encima de los demás competidores para que los clientes no estén fuera de mercado.*

WW anota:

6x6	20	19
	23	22
	26	25
	36	35

- *Al final llega su condición primaria el respeto de clientes y FV<sup>18</sup> menciona: Chocamos en Saint Gobain, por la plataforma, en Radevi, pero lo dan por hecho en Cuba y algo en Valencia, Peco, se comparte, Cealco, se comparte, Termoclub no lo entienden pues dicen que venden 136 MM frente a 35 nuestros, Sánchez Arencibia por el grupo HDF, THISA, la gran sorpresa, HVH con Totaline.*

*Nos dan GSF; ISE, Isoterm, Clyven.*

<sup>13</sup> Serían las iniciales de [conf] (Director Comercial de ARMACELL) y [conf] (Director General de K\_FLEX).

<sup>14</sup> No se disponen de datos sobre la identidad de la persona a la que se refieren las siglas, si bien por el contexto del documento parecen referirse a las iniciales de un empleado de ARMACELL.

<sup>15</sup> [conf], iniciales de [conf] empleado de ARMACELL.

<sup>16</sup> Se haría referencia a un supuesto cártel existente en su momento en el sector de la construcción, y del que no se han hallado evidencias en la instrucción de este expediente.

<sup>17</sup> "AA-marca", por ejemplo, AF/Armaflex o SH/Armaflex,

<sup>18</sup> Serían las iniciales sean las de [conf] (ARMACELL).

*En este punto se detuvo la reunión con gran descontento por su parte ya que descubren que las obras solo son el 35% de nuestras ventas y que estamos en más sitios de los que pensaban.*

- *Mi impresión personal es que WW no conoce, como es lógico, el negocio pero se cree capaz de arreglarlo todo en dos días. FV si lo conoce pero lo disimula muy bien o no quiere enseñarle al otro, convencido como está que WW no durará más de dos o tres años por su edad y dice que de hecho está a prueba, que tiene otros negocios y que por eso siempre llega tarde y se va pronto, además más de la tercera parte del tiempo estará en Latinoamérica. Los dos reconocen que lo más difícil será dominar a sus chicos y no sé si lo conseguirán, WW hace algún comentario negativo de los gastos de Félix y FV le dice que ya ha subido el margen.*
- *En general no veo a FV convencido de posibles acuerdos y no sé si WW será tan bueno como él se cree y mucho menos que sea capaz de dominar a los delegados”. (folios del 385 al 387).*

### **3.2. 2002: Correo electrónico de K-Flex a empleado de Armacell, comunicando contacto con un cliente que antes era de Armacell**

- (63) *El 27 de noviembre de 2002, D. [Conf] (K-FLEX) envía un correo electrónico dirigido a D. [Conf]<sup>19</sup>, D. [Conf] y a D<sup>a</sup> [Conf]<sup>20</sup> (subrayado y negrita añadidos): “Hola, quería comentaros de forma escrita el estado de la negociación con los señores de Isover. El pasado día 12 tuve la última reunión con ellos, en la cual pasaron prácticamente las dos primeras horas disculpándose por la situación creada por Armacell y explicándome cómo se habían desarrollado los hechos, que como ya sabemos terminaron con la llamada de [conf]<sup>21</sup>, por orden de [conf]<sup>22</sup>, rompiendo las supuestas relaciones entre ambos.” (folio 296; negrita y subrayado añadidos).*

### **3.3.2003: Correo interno de K-Flex revelando acuerdo de no agresividad y respeto en distribución:**

- (64) *Posteriormente, D. [Conf] (K-FLEX), en un correo electrónico dirigido a D. [Conf] y D<sup>a</sup>. [conf] (matriz italiana de K-FLEX), de fecha 17 de noviembre de 2003, señala lo siguiente: “Otra curiosidad importante es, por si [conf]<sup>23</sup> aun no ha llamado a [conf], desde las reuniones y la no agresividad acordada y respeto a la distribución, han pasado los siguientes casos: En la obra del museo Reina Sofía de Madrid, dieron un 72% en IT y 59% en Duct al instalador. En el auditorium del fórum de Barcelona, especificada con K-FLEX Color han ofertado su armaflex color con unos precios que equivalen*

<sup>19</sup> Empleado del área comercial de ARMACELL [rectificación de error, es K-Flex en lugar de Armcell].

<sup>20</sup> Estos dos últimos eran y son responsables de la matriz italiana L'Isolante K-Flex Srl.

<sup>21</sup> [conf] fue responsable comercial de ARMACELL hasta 26 de enero de 2005 (folio 992).

<sup>22</sup> [conf] es el responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU.

<sup>23</sup> [conf], socio y directivo de K-FLEX.

**al 71% sobre nuestra tarifa, la vieja de España, al instalador con un plazo de entrega de cuatro semanas, ya van 2.**

Technical foams, descuentos del 81% y 70% en las planchas de AC. El colmo del respeto, el viernes me llamó [conf], nuestro hombre en Andalucía, diciéndome que le había llamado [conf], el de Sevilla de Armacell, **diciéndole que la culpa de los precios bajos éramos nosotros, claro está, y después ofreciéndole trabajo en Armacell para promover el producto en las ingenierías de Andalucía, esto sí que es respeto por la distribución**” (folio 334; negrita y subrayado añadidos).

### **3.4.2004: Correo interno de K-Flex que revela existencia acuerdo con Armacell, y dificultades para que estos lo cumplan**

- (65) En un correo electrónico fechado el 5 de noviembre de 2004, enviado por D. [conf], apoderado de K-FLEX, se informa a D. [conf] (con copia a D. [conf], Director de Ventas), bajo el epígrafe “tarifas 2005”, de lo siguiente (negrita y subrayado añadidos): “que ya sabéis los señores de Armacell una vez más han decidido hacer lo que les da la gana **y no están dispuestos a subir lo acordado** y sin embargo sí insisten en que nosotros debemos subir un 10%, no termino de entender por qué siendo ellos los líderes debemos subir nosotros un % mayor.

**La subida que ellos se proponen a realizar la he puesto en una hoja del libro de Excel adjunto, la hoja de PVP es como quedaríamos** y los netos están calculados con unos descuentos de distribución para 50 cajas.

El lunes lo comentamos.

Un saludo.

[conf].” (folio 335, negrita y subrayado añadidos).

### **3.5.2005: Correo interno de Armacell sobre la existencia de un acuerdo con K-Flex y minuta de reunión de 26 de julio de 2005 que revela conformidad de K-Flex con la subida**

- (66) En un correo electrónico del Director Regional de Ventas de ARMACELL para Andalucía, Extremadura, Levante y Canarias, de fecha 7 de julio de 2005, se señala: “Hablando con [conf]<sup>24</sup>, me comenta que esta última semana ha encontrado ofertas de k-flex en Cataluña, Andalucía y Levante del 60% + 10% sobre la tarifa k-flex 2005 para cantidades superiores a 100 cajas, sea almacenista o instalador, dados por [conf]. El delegado de Isotherm en Valencia [conf], le ha confirmado que es así. ¿Está ocurriendo esto en otras zonas? **¿Había algún tipo de acuerdo verbal con L’isolante para limitar esos descuentos?**” (folio 603; negrita y subrayado añadido).
- (67) Se transcriben a continuación las notas manuscritas encontradas en el despacho de D. [conf] (ARMACELL)<sup>25</sup> en el marco de la inspección domiciliaria que se

<sup>24</sup> Se podría tratar de un empleado de ARMACELL o de un distribuidor cualificado de los productos ARMACELL.

<sup>25</sup> La relación laboral de D. [conf] con la empresa se inició el 1 de octubre de 2005, según informó la propia compañía.

*llevó a cabo el 25 de enero de 2012, sobre una reunión de 26 de julio de 2005 (folio 602; negrita y subrayado añadido):*

*“Reunión 26/07/2005*

*\* Populares<sup>26</sup> +3% 6 y 9 toda la gama!!*

*\*RITE + Planchas +8%*

*1 enero de 2006.*

*Portugal, [conf]!*

*Situación DITASA y ESCODA!!!*

**K-FLEX OK subida**

*Isocell*

*Isoline*

*[conf]-Valencia”*

### **3.6.2006: Correo electrónico de Armacell a K-Flex con archivo de precios de 2007**

- (68) *Con fecha 11 de octubre de 2006, D. [conf] (ARMACELL), envía un correo electrónico a D. [conf] (K-FLEX), que a su vez éste renvía internamente a [conf] (K-FLEX), en el que señala: “Te adjunto archivo precios, con la novedad de que IT 13mm =AC+8%” y en el que le proporciona adjunto un archivo de precios 2007 de su empresa (folio 358).*

### **3.7.2007: Correos electrónico de Armacell a K-Flex para informar temas de precios**

- (69) *Con fecha de 3 de septiembre de 2007, D. [conf](ARMACELL) envía un correo electrónico dirigido a D. [conf] (K-FLEX) en los siguientes términos (folio 357):*

*“Hola [conf];*

*Espero hayas tenido unas buenas vacaciones junto a tu familia.*

*Me gustaría hablar contigo lo antes posible para definir lo antes posible la estrategia con AC y EC de 19 mm. Tengo alguna alternativa a lo que comentamos. También informarte que el BOE ya ha publicado el nuevo RITE.*

*Saludos”*

- (70) *Con fecha 20 de septiembre de 2007, D. [conf] (ARMACELL) envía un correo electrónico a D. [conf] (K-FLEX), bajo la referencia “Precios 2008”, comunicándole lo siguiente: “Te he dejado un mensaje en el móvil, para ver si has podido mirar la propuesta de subida de precios 2008, sobre todo en EC de 19 mm. Hablamos cuando puedas” (folio 348).*

---

<sup>26</sup> Los populares son las gamas de productos más demandadas de ambas empresas. Se hace referencia explícita a los que tienen un diámetro de 6 mm y 9 mm respectivamente.

(71) En un correo electrónico de fecha 11 de octubre de 2007, D. [conf] (ARMACELL) envía a D. [conf] (K-FLEX), como texto del mensaje, un cuadro de tarifas de 2008 con el siguiente título, “Resumen de Subida de Precios Enero 2008, Definitivo” (folio 355).

**3.8.2008: Correos electrónico de Armacell a K-Flex para informar temas de precios, y correos internos de K-Flex relacionados con ello**

(72) En un correo electrónico de fecha 29 de julio de 2008, D. [conf] (ARMACELL), envía a D. [conf] y a D. [conf] (K-FLEX), la siguiente información sobre una próxima subida de precios en el mes de octubre de 2008: “Os adjunto ficheros con carta dirigida a los clientes y resumen de subida de precios, con los siguientes comentarios [...]”, y añade “Ojo!! Vamos a subir el Armaflex AC de 19 mm un 10% (No un 8% como pone el cuadro!!!), queremos acercarlo al Armaflex IT de 19mm. Si tenéis alguna duda, favor comentamos. En breve os adelantaré fichero excell con Tarifa PVP Octubre 2008” (folio 349).

(73) En el correo figuran anexados una tabla resumen de subida de precios para octubre de 2008, una carta dirigida a clientes de fecha 1 de septiembre de 2008 y un anexo con las nuevas tarifas de precios de “entrada en vigor el 1 de octubre de 2008”.

(74) En la carta dirigida a los clientes de Armacell y de fecha 1 de septiembre de 2008, es decir, para ser enviada en una fecha posterior a la del correo electrónico al que se adjunta, se les informa de lo siguiente:

*“Debido a circunstancias extraordinarias Armacell les informa de un incremento de precios de nuestra gama de productos a partir del 1 de Octubre de 2008. Puedo asegurarles que hacemos este cambio con gran reticencia y después de un profundo análisis del mercado.*

*El incremento será aplicable a nuestros productos de espuma elastomérica y de polietileno, así como a determinados accesorios. El incremento oscilará entre un 5% y un 8% aproximadamente.*

*Como todos ustedes conocerán, estamos atravesando una difícil crisis energética, y que como gente de negocio que somos, debemos entender que esa situación se extiende más allá del sufrimiento que padecemos como consumidores de gasolina.*

*Algunos de los motivos más significativos, a partir de los cuales se ha tenido que tomar esta decisión:*

- *El aumento vertiginoso del crudo.*
- *Los precios elevados de la energía han incrementado considerablemente los costes de producción.*
- *Nuestros costes de transporte se han incrementado en el transcurso del año un 6%, teniendo en cuenta que podemos tener revisiones al alza en próximos meses, en base al precio del crudo.*

- El coste de muchas materias primas se ha elevado: el etileno (más del 35% en lo últimos 4 meses), el propileno, las parafinas, las resinas primarias como PVC y PE, hasta un nivel del 60%.

Se trata de una situación sin precedentes en el sector global petroquímico, que requiere acciones al mismo nivel. Estamos cerca de los productores de más bajo coste, buscamos y evaluamos a nuevos proveedores en todo el mundo y continuaremos absorbiendo el incremento del coste, tanto como nos sea posible” (folio 350).

(75) Por lo que respecta a la tabla anexa a ese correo electrónico de 29 de julio de 2008, que se transcribe a continuación, en ella se indican los porcentajes previstos de subida por cada gama de producto (folio 351).

<b>RESUMEN DE SUBIDA DE PRECIOS AISLAMIENTOS DE ESPUMA ELASTOMÉRICA. OCTUBRE 2008</b>									
<b>Gama</b>	<b>6y9</b>	<b>13</b>	<b>19,20 y 25</b>	<b>30</b>	<b>40</b>	<b>45 y 54</b>	<b>Plancha</b>	<b>Cinta</b>	<b>Otros</b>
AF/Armaflex	5%	5%	8%	8%	8%	8%	8%	5%	
SH/Armaflex	5%		8%	8%	8%		8%	5%	
Armaflex IT	5%	5%	8%	8%	8%		8%		
Armaflex AC	5%		8%					5%	
Tubolit DG	9%		9%					5%	
Sundries									5%
Armaflex									0%
Armaduct							8%	5%	
HT/Armaflex S			10%	10%				5%	
ArmaflexDuosolar									5%
Acces Duosolar									5%
Arma-Check		5%	5%				5%	5%	5%
NH/Armaflex	5%	5%	8%				8%	5%	
HT/Armaflex	5%	5%	0%				8%	5%	5%
Aramflex split									0%
Tubolit Split									0%
Acces Split									0%
Tubolit AR Fonoblok	9%							5%	
Tubolit S+	5%								

Fuente: ARMACELL



(76) En un correo electrónico interno de K-FLEX de fecha 15 de julio de 2008 (folio 352, declarado confidencial) se vierten comentarios sobre una carta de ARMACELL que circulaba en el sector y donde se justificaban subidas de precios de los productos de aislamientos de espuma elastomérica en razón de las especiales circunstancias de mercado que se vivían en el sector, anexándose una carta, que obra en el expediente público. La carta referida de ARMACELL (en inglés) está firmada por [conf], Vicepresidente de ARMACELL en los Estados Unidos, y con fecha 1 de julio de 2008, siendo similar en cuanto a contenido a la que ARMACELL haría circular en España en fecha posterior, y que se ha reproducido en el párrafo 75 anterior, con fecha de 1 de septiembre, sin grandes diferencias sustanciales de contenido (folio 354).

Se transcribe a continuación el contenido de esa carta traducido al castellano<sup>27</sup>:

### **Traducción**

[Estimado colaborador de Armacell:

Debido a las actuales circunstancias extraordinarias, Armacell está anunciando subidas de precios de los materiales aislantes en un 13% en pedidos que se realicen en o partir del 1de septiembre de 2008. Aseguro a nuestros colaboradores, de la forma más contundente, que lo hacemos con grandes reservas y después de haber realizado un estudio de mercado y de mantener discusiones con nuestro equipo global. Los aumentos se aplican a todos nuestros productos de espuma elastomérica y de poliuretano. No son tiempos normales. El suministro de materias primas a nivel global está en una situación crítica y puede que nunca retorne a lo que consideramos normal. Como hombres de negocios que somos Ustedes y yo entendemos la gravedad de esta situación y que va más allá de la simple angustia del consumidor en el surtidor de gasolina. Aunque Armacell se mantiene responsable y preocupada por nuestra industria, aquí exponemos los principales factores que determinan nuestra decisión:

- La escalada del precio del crudo significa que cada vez más productos químicos de base se producen a partir de gas natural. Y con ello una mayor demanda de gas natural ha elevado los precios de la energía cerca de un 60%.
- Mayores precios de energía han incrementado los costes de producción.
- Los costes de transporte han aumentado incluso más deprisa que los precios de la gasolina. En más de un 35% desde inicio del año.
- La mayor parte del sector químico se encuentra a plena capacidad. Por ejemplo, los agentes en suspensión y goma de butadino nitrilo tienen pocos suministradores y la demanda es mucho mayor.

---

<sup>27</sup> Traducción propia CNC.

- Los costes de muchos componentes de materias primas han subido de precio y los suministros se han reducido dramáticamente. Esto incluye el etileno (+30-35% en cuatro meses), el propileno y las ceras usadas en resinas primarias como el PVC y el PE y plastificadores como las parafinas clorinadas y en DINP.

*El butadine un componente primario para los polímeros, se ha visto en una correlación desfavorable a la demanda a nivel mundial. Los costes se han incrementado en un 60%] (folio 354).*

- (77) *En un correo electrónico de fecha 4 de septiembre de 2008, D. [conf] (K-FLEX), comunica D. a [conf] y otros miembros del personal de K-FLEX que: “Adjunto os envío la carta que debemos hacer llegar a todos nuestros clientes y al mercado en general, avisando de la subida de nuestras tarifas para el próximo 20 de octubre. Aun cuando en los últimos días el precio del petróleo ha bajado considerablemente, se pronostican sucesivas alzas con efectos negativos en el coste de las materias primas, la energía y el transporte. Por otra parte, nuestro principal competidor Armacell ha anunciado ya que para el 1 de octubre actualizará sus PVP con subidas entre el 5 y el 10%. Aún hoy no hemos visto sus nuevas Listas de Precios” (folio 345). En este correo electrónico de 4 de septiembre se adjunta una carta, con membrete de K-FLEX, fechada a 27 de agosto de 2008 y con firma de D. [conf], que informa a los clientes de la sociedad de lo siguiente: “Nos ponemos en contacto con usted para comunicarle la necesidad extraordinaria de actualizar los Precios de ventas al Público de nuestros Sistemas de Aislamiento Térmico K-FLEX y que entrará en vigor a partir del próximo 20 de octubre de 2008.*

*Gracias a la mejora continuada de nuestros procesos productivos, la cuidada selección de las materias primas y la colaboración de nuestros proveedores fundamentalmente los productores de insumos derivados del crudo de petróleo y los transportistas que a pesar de la evolución de los carburantes se han mantenido con subidas moderadas, hemos logrado sostener los precios con unos ajustes mínimos del 6,5% promedio.*

*En breve le haremos llegar los nuevos precios en formato Excel y tan pronto como sea posible se podrán consultar en internet a la vez que le enviaremos una copia en formato pdf y en papel.*

*La evolución de este año 2008, pese a la fuerte crisis energética y financiera que vivimos, está siendo satisfactoria. Mientras que el mercado del Aire Acondicionado, sobre todo el doméstico, ha sufrido un fuerte retroceso, los espesores de 40, 50 y 60 mm. de K-FLFX **ST**, nuevos productos como nuestro **K-FLEX COLOR SYSTEM** o el sistema de aislamiento acabado en aluminio **K-FLEX AL CLAD SYSTEM** están aportando un importante valor económico adicional.*

*De acuerdo con las últimas tendencias, reforzamos **K-FLEX. SOLAR**, producto resistente a Altas Temperaturas para los circuitos de Energía Solar más*

exigentes, con espesores de 40 y 50 mm. que cumplen con el RITE tanto en interiores como en exteriores, en las instalaciones entre 100 °C y 150 °C, con los acabados disponibles: **COLOR** y AL CLAD.

Siguiendo con nuestra apuesta por el Ahorro de Energía y el desarrollo de las energías alternativas tenemos YA disponible **K-FLEX TWIN SOLAR Acero y K-FLFX TWIN SOLAR Cu** sistemas completos para conexiones de energía solar térmica con doble tubería flexible de Acero inoxidable o con doble tubería de Cobre, protección mecánica y a los Rayos UV y cable de cuatro hilos para conexión eléctrica. Además incorporamos **KFLEX SOLAR "R"** aislamiento SOLAR con recubrimiento plástico en formato en rollos o en tubos de 2 m.

Día a día venimos comprobando como estas novedades tienen magnífica aceptación, mejoran nuestros resultados año a año y van consolidando la marca **K-FLEX** como enseña de valor, calidad y garantía.

Sin otro particular, y esperando que nuestra oferta sea la más adecuada para el logro de nuevos éxitos, muy cordialmente" (folio 346).

- (78) En el acta de la sesión extraordinaria del Business Team de ARMACELL, de fecha 19 de noviembre de 2008, y celebrada en Begur, bajo el epígrafe de "Competidores" (negrita y subrayado añadido) se señala: "Hasta el momento no hemos tenido que hacer grandes rebajas. Solo en algún caso puntual. Será "peor" el próximo año. No hay la organización en los competidores para hacer daño en obras significativas. Están más cerca en el día a día. Kaiman se está metiendo en el norte a través del nuevo director. Con el competidor K-flex sigue habiendo un respeto equilibrado" (folio 859; negrita y subrayado añadidos).

### **3.9.2009: Correos internos de Armacell de seguimiento de precios**

- (79) Aunque durante el año 2009 no se aplicó ninguna subida de precios, ARMACELL parecía mostrar un especial interés en conocer con cierto detalle la política de descuentos aplicada por su competidor a lo largo de este año para "depurar" tanto su política de precios como de descuentos. Así, en un correo, de fecha 9/06/2009 (hora 9:02) de [conf] (ARMACELL) a [conf] (ARMACELL) aquel le solicita:

Hola [conf]<sup>28</sup>,

En referencia al fax recibido ayer, podrías enviarme el documento original para poder entenderlo?

No te preocupes que no se lo daré a nadie.

Sería conveniente si pudieras darnos una explicación sobre los precios netos de ellos y saber sobre qué tarifa se hacen estos descuentos para poder comparar con nuestros precios.

<sup>28</sup> [conf] es el Director Comercial de ARMACELL.

*Al fin y al cabo, se trata de comparar sus precios netos y descuentos con los nuestros.*

*Si pudiéramos tener esta información durante la mañana nos sería de utilidad.*

*Gracias.*

[conf]

(folio 414)

- (80) *Con esa misma fecha, pero a las 10:03 horas, y bajo la referencia “Fax”, [conf] (ARMACELL) envía a [conf] (ARMACELL) un cuadro comparativo de los descuentos aplicados por ARMACELL en relación con su principal competidor K-FLEX, así como sobre descuentos aplicados a los precios en vigor en 2009:*

*Hola [conf];*

*Te adjunto más información:*

*Comparativo K-Flex & Armacell 2009*

<b>K-Flex ST</b>	<b>53%</b>	<b>AF/Armaflex</b>	<b>53%</b>	<b>AF / ST</b>
20x35	2,54	20x35	2,92	14,96%
30x60	5,52	30x60	6,13	11,05%
40x114	12,18	40x114	14,17	16,33%

*Saludos.*

[conf]

*Sales Manager Spain & Portugal*

*Armacell Iberia, S.L.*

*Móvil : 609.165.942*

[\[conf\]@armacell.com](mailto:[conf]@armacell.com) (folio 416)

### **3.10.2010: Correo interno de Armacell sobre precios y posible contacto con competidor**

- (81) *En un correo electrónico de fecha 15 de mayo de 2010 enviado por D. [conf] (ARMACELL) a D. [conf] (ARMACELL) y con el título “Datos precios 2010 vs 2009” comenta lo siguiente (se anexaba un cuadro con descuentos y rappels aplicados a distintos clientes de ARMACELL<sup>29</sup> en los ejercicios 2009 y 2010):*

*Hola [conf],*

*Hemos hecho el estudio de precios 2010 vs 2009 para los clientes más importantes del mercado.*

<sup>29</sup> Cealco, Thisa, Thermoclub, S-G-Cristal, Peco, Cirsa, Isolais.

Hemos constatado que en algún caso se ha incrementado el descuento pero nunca ha sido más que [...] puntos y las pocas correcciones que se han hecho han sido totalmente cubiertas por los incrementos de precios.

En otras palabras: Armacell ha mantenido 100% su Política de Precios y no ha distorsionado de ningún modo el nivel de precios dentro del sector de distribución.

**Este es el comentario que puedes transmitir a nuestro amigo y si él quiere ponerse en contacto conmigo, no tengo ningún inconveniente. También puedo llamarle yo si él lo considera oportuno.**

Adjunto documento con los datos para tu información.

Saludos,

[conf]

Business Director - Europe West

(folio 718; negrita y subrayado añadidos).

- (82) Igualmente en un informe interno sobre la competencia de ARMACELL, de fecha de 26 de abril de 2010 se señala que ambas subieron precios ese año:

“En cuanto a los movimientos de L' Isolante, podemos destacar que han subido precios recientemente (aprox. 3%) y tenemos constancia que han retocado descuentos al alza para paliar la subida realizada. Armacell subió precios entre 3% y 5%” (folio 842).

### **3.11.2011: Correo de Armacell a K-Flex con archivo de incrementos de precios, y correos internos que revelan acuerdos con competidores**

- (83) En un correo electrónico, sin texto, de fecha 4 de mayo de 2011, enviado por D. [conf] (ARMACELL) a D. [conf] (K-FLEX), con asunto de referencia “Cuadro Resumen Subidas Precios Julio 2011” se adjunta un cuadro en el que se reflejan, por gama de producto comercializado por ARMACELL, los porcentajes de las subidas de precios para julio 2011.

RESUMEN DE SUBIDA DE PRECIOS- JULIO 2011												
AISLANTES DE ESPUMA ELASTOMÉRICA												
Gama	6	9/10	13	19,20	25	30	36/40	45 y 54	Plancha	Cinta	Autoadh.	Others
AF/Armaflex	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%		5%	10%	
SH/Armaflex		10%		10%	10%	10%	10%		10%	5%	10%	
Armaflex XG	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%		8%	5%		
Tubolit DG	10%	10%		10%						5%		5%
Sundries												5%
Armaflex AF (Soportes)												5%
Armaduct									8%	5%		
HT/Armaflex S				10%			10%					

Armaflex Duosolar VA			5%	5%								
Acces Duosolar												5%
Arma-Check Silver, D,R			8%	8%	8%				8%	5%		8%
NH/Armaflex		8%	8%	8%	8%				8%	5%		
HT/Armaflex		8%	8%	8%	8%				8%	5%		5%
Accesorios split												8%
Tubolit AR Fonoblok	10%									5%		
Tubolit AR Fowave		10%								5%		
Tubolit S+	10%											
ArmaSound									8%			
Armaflex Protect		8%	8%	8%	8%				8%			8%

Fuente: ARMACELL

(folios 293 y 294)

- (84) Asimismo, en el informe de la “Conference Call”<sup>30</sup> mantenida el 13 de mayo de 2011, y a la pregunta “Cuál ha sido la principal reacción de vuestros clientes”, la respuesta en lo referente a España y Portugal fue la siguiente, que se traduce a continuación<sup>31</sup>: “Es fundamental que nuestros competidores sigan la subida de precios de Armacell. Si esto no sucede, tendremos graves problemas **Se nos exige RESPETAR LOS ACUERDOS EN ASUNTOS IMPORTANTES**” (folio 784, negrita y subrayado añadidos).
- (85) En los comentarios sobre ventas, “[conf] sales comments” de ARMACELL ENGINEERED FOAMS, que se presenta en formato de cuadro, se menciona en el correspondiente al mes de junio de 2011 y en el apartado de “Hechos Relevantes” referente a competidores, lo que a continuación se traduce<sup>32</sup>: “No es seguro que K-FLEX siga la subida de precios. Por el momento están estudiando la subida” (folio 735). Posteriormente, en los comentarios del mes de julio de 2001[error tipográfico, es 2011], en el mismo apartado referente a la competencia, se confirma la subida finalmente llevada a cabo por K-FLEX: “La Competencia ha seguido la subida de precios en España”<sup>33</sup> (folio 734).
- (86) En un correo electrónico del Delegado Técnico Comercial de ARMACELL D. [conf], dirigido con copia a D. [conf], y D. [conf]<sup>34</sup> y de fecha 23 de junio de 2011, teniendo como asunto de referencia “TARIFAS K-FLEX” se menciona lo

<sup>30</sup> Reunión de los responsables de ARMACELL en los países de Europa Occidental que supuestamente coordina [conf], Director General y Consejero de ARMACELL y donde se ponen en común resultados y estrategias comerciales de las empresas integradas bajo la marca ARMACELL.

<sup>31</sup> Traducción propia.

<sup>32</sup> Traducción propia.

<sup>33</sup> Traducción propia CNC.

<sup>34</sup> Empleado de ARMACELL.

siguiente: “Ayer en [...] me enseñaron un e-mail parecido donde aparecía esta subida del 6% [...] también me confirmó la subida del 6%. Ahora sólo falta que KAIMAN también suba y nos alivie un poquito las penas ¿sabéis algo al respecto? Saludos (folio 810).

- (87) A finales de 2011, concretamente el 29 de diciembre de 2011, D. [conf] (ARMACELL) envió a D. [conf] (K-FLEX) un correo al que anexaba una carta de ajuste de precio para 2012 y una circular informativa sobre precios 2012 (folios del 318 al 321). El mensaje, sucinto, era:

“Te adjunto ficheros para tu información.

Aprovecho la ocasión para desearte un FELIZ 2012 !!!

Un abrazo”

- (88) En los anexos se encontraban las cartas justificativas de las subidas de precios que Kaimann y ARMACELL planeaban llevar a cabo en 2012. En la carta de ARMACELL, firmada por [conf], se comunicaba lo siguiente: “Begur 1 de Diciembre de 2011.

Estimado Colaborador: ¿Cómo garantizar un alto nivel de calidad en el entorno comercial actual?

Los grandes aumentos de los costes de las materias primas durante los dos últimos años han sorprendido a toda la industria y en la mayoría de los casos han sido totalmente inesperados. El futuro se prevé menos dramático y actualmente parece que los costes de las materias primas que afectan a nuestros productos tienden a estabilizarse.

Aunque este año Armacell ha incrementado los precios, sólo ha trasladado al mercado un aumento parcial de los costes. Los programas internos de optimización de costes, han ayudado a compensar alguno de ellos, pero los márgenes finales han estado sometidos a presión y aún todavía lo están.

Nuestra marca, la calidad de nuestros productos y la fiabilidad de nuestros servicios son nuestra garantía al mercado y constituyen nuestros activos clave.

Con el fin de garantizar el alto estándar de Armacell en sus productos y servicios, implementaremos un aumento de precios del 6%, a partir de 1 de Febrero de 2012.

Contamos con su comprensión en esta necesaria decisión y esperamos seguir con nuestra mutua cooperación.

Atentamente”

Igualmente, en la otra carta adjunta a ese correo de 29 de diciembre, y que lleva fecha 14 de diciembre, Kaimann anuncia lo siguiente:

Apreciados clientes,

Por la presente les comunico el ajuste de precios que llevará a cabo Kaimann Iberia S.L. a partir del día 1 de Febrero de 2012.

*Una vez más y debido principalmente a la escalada de precios de las materias primas, durante los últimos meses, Kaimann Iberia S.L. se ve en la obligación de incrementar los precios en base a la tarifa de 1 de Septiembre de 2011, teniendo en cuenta que una parte de este aumento ya ha sido absorbido por la propia compañía. El incremento será de 7 % lineal a todos los productos KAIFLEX y accesorios. Espero que Uds. puedan entender esta situación, que afecta mundialmente a los fabricantes industriales de este sector.*

*Como novedades en el catálogo del próximo año se incluyen los productos:*

*-KAIFLEX ST TURBO TUBE: Novedad mundial, producto patentado por*

*Kaimann. Se trata de un tubo abierto enrollado, autoadhesivo por ambos lados. Se presenta en espesores de 9, 13 y 19 mm. con diámetros desde 15 hasta 42 mm.*

*-KAIFLEX HF, producto elastomérico libre de halógenos, adecuado para salas blancas, informáticas, buques y ferrocarriles donde se requiere baja concentración de humo y escasa toxicidad. Se presenta en formato de coquilla y plancha.*

*-Así mismo, comunicarles que pueden encontrar toda la información sobre nuestros productos en [www.telematel.com](http://www.telematel.com)*

*-[www.programacionintegral.es/datapacweb](http://www.programacionintegral.es/datapacweb)*

*(folios del 319 al 321).*

### **3.12. 2012: Correo de Armacell a K-Flex con archivo de incrementos de precios**

(89) Con fecha 9 de enero de 2012 D. [conf] (ARMACELL) envía un correo electrónico a D. [conf] (K-FLEX), con asunto “Tarifa Precios Kaimann 2012”, en el que señala lo siguiente (folio 317; **negrita y subrayado añadidos**):

*“Hola [conf];*

*Feliz 2012 !! Qué tal va todo??*

*Te adjunto tarifa de interés !!*

***Vais a subir precios en 2012 ??***

*Un abrazo.”*

### **3.13. ARMACELL y K-FLEX han adoptado medidas concretas de subida o mantenimiento de precios coincidentes en el tiempo en los años 2008, 2009, 2010 y 2011.**

(90) Además de los anteriores intercambios de información que han quedado acreditados en el expediente, se han analizado las subidas o mantenimientos de precios de cada una de las empresas para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, acreditándose tendencias coincidentes en el período analizado. A continuación, se analiza la estrategia en precios (subida o mantenimiento) de cada empresa en cada uno de los años considerados.



**a) 2008**

- (91) En el cuadro, que se transcribe a continuación, se reflejan las subidas previstas de precios de los dos principales productos de ARMACELL, el AF y el IT del 5% y del 9% respectivamente, tal y como aparece en el correo electrónico enviado por D. [conf] (ARMACELL) a D. [conf] (K-FLEX) con fecha 11 de octubre de 2007, siendo dichas subidas las que supuestamente quedarían consolidadas en su listado oficial de precios de 2008 (folio 355).

**Resumen Subida de Precios Enero 2008. DEFINITIVO**

Gama	6y 9	13	19,20	30 y 40	45 y 54	Plancha	Cinta	Others
AF	5%	5%	9%	9%	9%	9%	5%	
SH	5%		12%	9%		9%	5%	
IT	5%	9%	7%	9%		9%		
AC	5%		12%				5%	
DG	5%		5%				5%	
SUNDRIES								9%
SOPORTES								
DUCT						9%		
HT(s)			5%	10%				
ACH	0%	0%	0%	0%		0%	0%	
NH	0%	0%	0%	0%		0%	0%	
SPLITS	0%	0%	0%	0%		0%	0%	
ACC.SPLITS	0%	0%	0%	0%		0%	0%	
FNK	0%	0%	0%	0%		0%	0%	

Fuente: Armacell

*Excepciones a la norma (por revisiones comparativas entre productos)*

AF-R-042	17,5
AF-R-048	16,7
SH-19X028	15
SH-36X114	2,6
SH-36X140	0%
SH-36X160	2,78
SH-36X168	2,8

- (92) Esta subida también quedó ratificada por la carta enviada por ARMACELL a sus clientes con fecha de 30 de octubre de 2007, y que se reproduce a continuación:  
 “Le informamos que Armacell tiene previsto un cambio en su Política de Ventas de cara al próximo año.

*Dicha novedad supone una bajada en el PVP de 2008 respecto de PVP 2007, y a la vez una reducción proporcional del nivel de descuento, de forma que los nuevos precios 2008 serán equivalentes al precio neto de 2007 más la correspondiente subida de precios.*

*Cuando reciba esta información, estarán a su disposición las nuevas Tarifas 2008 en formato excell, que le serán enviadas si vd. lo desea. Tenga en cuenta que los precios de tarifa que reciba serán más bajos que los de Tarifa 2007, siendo imprescindible conocer los nuevos descuentos aplicables en 2008.*

*En breve nuestro personal comercial contactará con vd. y le explicará los cambios más relevantes.*

*No dude en dirigirse a su comercial de zona si precisa algún tipo de aclaración. Le anticipamos **que la subida de precios promedio en 2008 será de un 9%**, incremento que viene derivado por la fuerte subida que han sufrido nuestros costes de materia prima.*

*Sin otro particular, le saludamos muy atentamente.*

*[conf]*

*Regional Sales Manager &  
Sales Coordinator” (folio 532).*

- (93) *K-FLEX aplicó distintos porcentajes de subidas a principios de 2008 según tipo de producto, como se indica a continuación:*

*% Subida*

<i>ST 13 mm</i>	<i>5%</i>
<i>EC 13 mm</i>	<i>5%</i>
<i>ST 19 mm</i>	<i>7%</i>
<i>EC 19 mm</i>	<i>12%</i>

*(folios 580 y 581).*

- (94) *En el folio 577 aparecen notas manuscritas sobre unas tablas comparativas de precios entre ARMACELL y K-FLEX en las que se señala: “IT (producto ARMACELL) subir +9%, K-FLEX +7%, en 19 ó 20 mm”.*
- (95) *Ambas empresas, aplicaron subidas en octubre de 2008, manteniendo los precios actualizados en ese momento a lo largo de 2009 en sus catálogos oficiales, tal y como declaran en las respuestas a las diversas solicitudes de información realizadas por la DI.*
- (96) *ARMACELL aplicó con fecha 1 de octubre de 2008 subidas del precio de sus productos de entre un 5% y un 9% (folios 350 y 351), en tanto que K FLEX lo hizo en un 6,5% de media con un desfase temporal de 20 días, entrando en vigor las tarifas de K-FLEX el 20 de octubre de 2008 (folio 346). Las subidas no son exactas, pero relativamente homogéneas, ya que la media de ARMACELL*

es de un 7% frente al 6,5% de K-FLEX, por lo que existiría una relativa homogeneidad del porcentaje medio de subida de precios aplicada por ambas empresas en dicho momento temporal.

#### **b) 2009**

- (97) ARMACELL declara en respuesta a un requerimiento de información no haber incrementado los precios de sus productos en 2009, sino que mantuvo en la relación de tarifas de 2009 los precios fijados tras las subidas aplicadas previamente en octubre de 2008:

*“En contestación a la pregunta número 6 del requerimiento de información de la DI de fecha 29 de marzo de 2012, ARMACELL afirmó que no incrementó sus precios en 2009.*

*Las discrepancias que observa la DI entre el catálogo de tarifas de 2009 y el de 2008 se deben a que, en 2008, ARMACELL realizó dos incrementos de precios, uno en enero y otro en octubre. El catálogo con el incremento de precios efectuado en octubre de 2008 se imprimió de nuevo en 2009.” (folio 1.084).*

- (98) Igualmente K-FLEX informa que en 2009 no aplicó ninguna subida ya que la tarifa oficial que se publicó para el ejercicio 2009 correspondía a la tarifa ya actualizada en octubre de 2008 (folio 1.014).
- (99) Ambas empresas, por tanto, no aplicaron subidas de precios en 2009, sino que mantuvieron los precios de sus productos según la actualización realizada en octubre de 2008.

#### **c) 2010**

- (100) En 2010 K-FLEX aplicó una subida del 3% de media de su productos, tal como se indica en una comunicación de ISOTERM (distribuidor de estos productos) que está anexada a un correo interno de ARMACELL de fecha 16 de abril de 2010:

##### **INCREMENTO TARIFAS KFLEX**

*Apreciados clientes y amigos:*

*Tal como nos han comunicado L'Isolante Kflex y debido al incremento en los costes de la energía, transporte y materias primas, nos ponemos en contacto con vosotros para anunciaros el próximo aumento de la tarifa de los productos que entrará en vigor en fecha 01/03/2010 y que rondará según referencias el 3% (folio 541).*

- (101) Por su parte ARMACELL aplicó subidas en 2010 del 3% y 5% respectivamente (Ver folio 842) de forma que la subida fue similar y coincidente en el tiempo.

#### **d) 2011**

- (102) Para el año siguiente y en la carta obrante en el expediente (folio 303) y fechada el 20 de junio de 2011 ARMACELL comunica a sus clientes la aplicación de una

nueva subida de precios el 1 de julio, donde se recoge la mención a una subida aplicada hacía varios meses antes (Tarifa Abril 2011):<sup>35</sup>

*Apreciado colaborador:*

*Tal y como les adelantamos en nuestra circular del 29 de Abril, durante los últimos meses, los precios de las materias primas han sufrido un espectacular aumento, lo que ha llevado a un fuerte incremento de los costes de producción en toda la industria basada en el caucho.*

*Desde el mes de Enero de 2011, Armacell ha estado asumiendo numerosos incrementos de precio en los componentes más básicos de sus productos. La escasez actual de materiales plásticos a nivel mundial y la creciente demanda de los mismos, nos lleva a que los precios suban cada día más.*

*Por este motivo, nos vemos en la obligación de subir nuevamente los precios sobre la base de la Tarifa Abril 2011 y con efectividad 1 de Julio de 2011.*

*Esperamos comprendan la necesidad de esta medida y contamos con su colaboración en esta difícil situación de mercado.*

*Atentamente:*

*[conf]*

*Sales Manager Spain & Portugal*

(103) *En el informe de la Conference Call (folio 786) celebrada por ARMACELL<sup>36</sup> el 5 de mayo de 2011 y dirigida a D. [conf] se señala en relación con los mercados de España y Portugal que: “el incremento de precios se ha comunicado a todos los clientes el 29 de abril de 2011. El incremento que se propone en julio es de entre el 8% y el 10% (aparece también la misma tabla del punto 85, que se reproduce seguidamente).*

<b>RESUMEN DE SUBIDA DE PRECIOS- JULIO 2011</b>												
<b>(AISLAMIENTOS DE ESPUMA ELASTOMÉRICA)</b>												
<b>Gama</b>	<b>6</b>	<b>9/10</b>	<b>13</b>	<b>19,20</b>	<b>25</b>	<b>30</b>	<b>36/40</b>	<b>45 y 54</b>	<b>Plancha</b>	<b>Cinta</b>	<b>Autoadh.</b>	<b>Others</b>
AF/Armaflex	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%		5%	10%	
SH/Armaflex		10%		10%	10%	10%	10%		10%	5%	10%	
Armaflex XG	8%	8%	8%	8%	8%	8%	8%		8%	5%		
Tubolit DG	10%	10%		10%						5%		5%
Sundries												5%
Armaflex AF												5%

<sup>35</sup> En su respuesta a la solicitud de información de fecha 29 de marzo de 2012, ARMACELL declaró que en el periodo 2008-2010 sólo había realizado tres incrementos de precios (folio 996), cuando se acredita documentalmente que hubo, al menos, 5, dos en 2008, uno en 2010 y 2 en 2011.

<sup>36</sup> Conference Calls con unidades de ARMACELL de la zona de Europa Occidental (Reino Unido, Francia, Irlanda, España y Portugal).

(Soportes)												
Armaduct								8%	5%			
HT/Armaflex S				10%			10%					
Armaflex Duosolar VA			5%	5%								
Acces Duosolar												5%
Arma-Check Silver, D,R			8%	8%	8%			8%	5%			8%
NH/Armaflex		8%	8%	8%	8%			8%	5%			
HT/Armaflex		8%	8%	8%	8%			8%	5%			5%
Accesorios split												8%
Tubolit AR Fonoblok	10%										5%	
Tubolit AR Fowave		10%									5%	
Tubolit S+	10%											
ArmaSound								8%				
Armaflex Protect		8%	8%	8%	8%			8%				8%

Fuente: ARMACELL

(104) A partir de las informaciones recogidas indirectamente por ARMACELL se llegó a saber que K-FLEX había aplicado subidas de un 6% de media a sus productos con fecha de entrada en vigor el 18 de julio de 2011 (folios 810 y 819).

(105) En una comunicación, sin fecha determinada, de la distribuidora ISOTERM se informa a los clientes de K-FLEX de lo siguiente:

Estimados:

Nos ponemos en contacto con vosotros para anunciaros el próximo aumento de tarifa de los productos de la gama K-Flex:

**Incremento Tarifa Gama Kflex 6 % (negrita original)**

Fecha de aplicación 18 / 07 / 2011(folio 535).

(106) Por tanto, ambas empresas aplicaron igualmente subidas de precios de coincidentes, con un lapso temporal de 18 días entre la entrada en vigor de la subida de ARAMCELL (1 de julio de 2011) y de K-FLEX (18 de julio de 2011), aun aplicando porcentajes medios distintos pero cercanos (7,6% ARMACELL frente a 6% K-FLEX).

### **3.14. Seguimiento por parte de ARMACELL de sus competidores en el mercado de comercialización de aislamientos de espuma elastomérica.**

(107) ARMACELL dedica uno de los asuntos de su Comité de Dirección al seguimiento de los competidores bajo el epígrafe "Actividades de la Competencia".

(108) Seguidamente se recogen los extractos textuales de las referencias a competidores reflejadas y contenidas en Actas de los años 2010 y 2011:

- Acta del Comité de Dirección de fecha 15 de febrero de 2010: "No tenemos noticias de subidas de precios de nuestra principal competencia. Intentaremos averiguar para cuándo piensan subir precios!!! Continúa la agresividad de nuestros competidores L'Isolante K-Flex, Kaimann e Isopipe" (folio 800).

- En el Informe sobre competencia de ARMACELL, de fecha de 26 de abril de 2010, se señala:

"Debido a la actual situación de mercado, las ventas Día a Día han caído fuertemente y esto afecta principalmente a la posición de Armacell en el mercado, en la que un porcentaje importante de sus ventas, proceden de la distribución y además con muy buen margen.

La aparición de nuevos competidores en el mercado (Kaiflex), hacen que el partido no sólo se juegue entre 2 participantes, sino que debemos sumar un tercero y con serias posibilidades I I

En cuanto a los movimientos de L' Isolante, podemos destacar que han subido precios recientemente (aprox. 3%) y tenemos constancia que han retocado descuentos al alza para paliar la subida realizada. Armacell subió precios entre 3% y 5%" (folio 842).

- Acta del Comité de Dirección de fecha 27 de abril de 2010: "Kaimann está realizando entregas directas a instaladores lo cual hace bajar precios y márgenes. Se está buscando una estrategia común para paliar este tema. Nueva tarifa de precios de L'Isolante K-Flex en el mercado, pero han realizado ajustes al alza en descuentos para paliar la subida. Fuerte lucha en obras. Fuerte actividad de ISOLANA como distribuidor de Kaimann y también como instalador en obras de importancia" (folio 796).
- Acta del Comité de Dirección de fecha de 10 de junio de 2010: "El nivel de obras conseguidas contra la competencia ha estado por encima del [..]. Destacar la fuerte agresividad de Kaiflex, Tecnopark (Tarragona) y NH Girona a nuestro favor contra Kaiflex. Positiva reacción de [...] <sup>37</sup> a nuestro favor en contra de ISOPIPE" (folio 791).
- Acta del Comité de Dirección de fecha 9 de marzo de 2011: "Se comenta que en la Feria (de la climatización en Infema, Madrid) han estado todos los competidores habituales de Armacell. Isolante ha desarrollado un producto marca blanca para Alamgrup (cabelflex). **Subida de precios de Isolante del 6%**" (folio 765).
- Acta del Comité de Dirección de fecha 12 de abril de 2011: "Se confirma subida de precios de OK Company Se comenta próxima reunión con [...] <sup>38</sup> para Marca Concept. [...]: se está más cerca de llegar a un acuerdo con ellos.

<sup>37</sup> Un cliente de ARMACELL.

<sup>38</sup> Un cliente de ARMACELL.

[...]: mañana probablemente quién es el comprador de esta empresa.” (folio 760).

- Acta del Comité de Dirección de fecha 24 de mayo de 2011: “No tenemos confirmación oficial de que nuestros competidores vayan a subir precios nuevamente, después de la información de Armacell. Rumores y comentarios en el mercado a raíz de la subida, pero ningún documento oficial que avale comentarios. El nivel de descuentos para captar obras en lucha contra competencia está cada día más alto. Alcanzamos niveles de [...] (folio 757).
- Acta del Comité de Dirección de fecha 15 de junio de 2011: “Kaimann se dirige a constructoras y de esta forma se salta las normas de la distribución convencional. Se informa que OK Company no realizará incremento de precios hasta septiembre. Se comenta que K-FLEX hará incremento de un 7% sobre el 15 de julio” (folio 821).
- Acta del Comité de Dirección de fecha 12 de julio de 2011: “Se confirma que L’Isolante sube precios el 18 de julio aprox. 6%. OK Company subirá precios en septiembre. No se sabe %. Se ha escuchado (sin confirmar) que Kaimann sube precios en Septiembre, aprox. 7,5%” (folio 819).
- Acta del Comité de Dirección de fecha 31 de agosto de 2011: “Fuerte lucha de precios en Plancha para Conductos. Parece confirmado que Kaimann sube precios en Septiembre” (folio 744).

(109) Asimismo, en diversos correos electrónicos aparece también ese seguimiento de competidores por parte de ARMACELL en los años de 2008 a 2011 (folios 345, 518, 519, 534 o 540)”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Legislación aplicable.

La valoración de los hechos acreditados durante la instrucción de este expediente llevan a la Dirección de Investigación a considerar que dichos hechos son constitutivos de una infracción única y continuada desde el año 2001 hasta el 2012 contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la LDC, así como del artículo 101 del TFUE.

El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por lo que habiéndose iniciado el presente expediente el 13 de febrero de 2012, ampliándose después el 5 de julio de 2012, los trámites procesales deben seguirse conforme a dicha Ley, pues así resulta, *sensu contrario*, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que, “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio”.

Por lo que al derecho sustantivo sancionador se refiere, cuando la conducta enjuiciada ha comenzado estando en vigor la anterior norma, la Ley 16/1989, de 18 de julio, de

1989, este Consejo ha venido considerando que la norma aplicable es la Ley 15/2007, por resultar más favorable teniendo en cuenta todas las condiciones concretas del caso. Ello se deriva de que si bien ambas normas regulan de idéntica forma las infracciones en materia de defensa de la competencia, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable para los imputados que el contemplado por las leyes previas, al tener en cuenta que la norma introduce un sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, establece topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, y reduce los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas.

Partiendo de esta base, y conforme a lo dispuesto por el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la Ley 15/2007 es la legislación que se va a aplicar a quienes, en el presente procedimiento sancionador, sean considerados responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC.

La conducta considerada infractora, dado los potenciales efectos de la misma, es también, según la DI, susceptible de afectar apreciablemente el comercio entre Estados Miembros, por lo que también se considera de aplicación el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Comparte el Consejo esta apreciación, dado que se trata de un producto con el que las partes implicadas en la conducta operan también en otros países, como por ejemplo Portugal, donde los precios que se apliquen en España tendrán efectos en ese otro mercado.

## **SEGUNDO.- Conducta imputada por la Dirección de Investigación.**

La Dirección de Investigación, una vez valoradas las alegaciones que las partes imputadas en el Pliego de Concreción de Hechos han realizado sobre el contenido del mismo, considera que las mismas no refutan la existencia de la conducta infractora en la que a su juicio han incurrido las sociedades ARMACELL y K-FLEX, y concluye que esta conducta, por su objeto y sus efectos, es una conducta anticompetitiva, contraria a los preceptos legales previstos en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Y que, por su naturaleza, es susceptible de constituir una infracción única y continuada en el período investigado (2001-2012).

Respecto a los hechos probados a lo largo de la instrucción del expediente, 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. Es jurisprudencia nacional y comunitaria, que los intercambios de información pueden tener un objeto o efecto restrictivo de la competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC, al permitir que las empresas competidoras conozcan mutuamente sus posiciones en el mercado y sus estrategias comerciales, pudiendo de este modo, alterar sensiblemente la competencia entre los operadores económicos en dicho mercado. Y en ocasiones, como la actual, los intercambios de información comercial sensible van ligados 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. En base a ello, valora la Dirección de Investigación que los hechos acreditados ponen de manifiesto que, a raíz de dichos intercambios y/o acuerdos, ARMACELL y K-FLEX han llevado a cabo políticas comerciales estratégicas coincidentes en el tiempo, en particular en materia de precios, con subidas o mantenimientos de los mismos. Estos hechos reflejan también *“de forma minuciosa el seguimiento que ha quedado patente en la información obrante en el expediente por parte de una de las empresas, ARMACELL, de la política comercial de sus competidores, cuyo grado de detalle en lo que se refiere a su principal competidor, K-FLEX, necesariamente se debe a los intercambios de información y acuerdos antes citados que han quedado acreditados a lo largo de la instrucción del presente expediente.”*

En el presente expediente sostiene la Dirección de Investigación que *“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.”* En la conducta anticompetitiva, cuya primea manifestación se produce en la reunión de octubre de 2001 entre ARMACELL y K\_FLEX, se han *“acordando precios de sus productos y un reparto del mercado, hasta el envío por parte de ARMACELL de un correo electrónico en enero de 2012 transmitiendo y comunicando a K-FLEX las tarifas de un competidor y preguntando si ellos van a subir precios (...).”*

La Dirección de Investigación valora 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 tanto, para el análisis de la práctica, se procede a la distinción de dos sub-períodos: 2001-2004 y 2005-2012”*.

Entiende que entre 2001 y 2004, existe documentación de la que cabe deducir la existencia de reuniones entre competidores para alcanzar acuerdos anticompetitivos, en materia de fijación de precios (subidas y equiparación de precios equivalentes de sus productos) y reparto de mercado (principalmente clientes), tal y como se acredita en la minuta de la reunión mantenida en octubre de 2001 (HP 3.1 (62)). Y además en otros documentos se alude de forma directa y expresa a la existencia de acuerdos de precios y/o reparto de mercado entre ARMACELL y K-FLEX (HP 3.3 (64)). La documentación posterior a 2005 parece evidenciar un grado de concertación diferente, con un rol preminente de ARMACELL, basando la coordinación en intercambios directos de información entre ARMACELL y K-FLEX, con carácter regular sobre: i) tarifas i) subidas futuras de precios, ii) las cuantías (porcentajes) de esas subidas por gama de producto, y iii) la justificación/motivos de las subidas que se planeaban realizar mediante el envío de escritos/cartas (HP 3.5 a 3.12). Hay diversos correos electrónicos de ARMACELL dirigidos a K-FLEX, en los que se adjuntan cartas y cuadros resumen de las subidas que planeaban realizar, reforzando con ello la

coordinación entre ambos operadores. Se facilitan por este medio informaciones de carácter sensible con las que se reduciría la incertidumbre del competidor en el mercado y se posibilitaría cooperar en las estrategias de política comercial, en el marco de una estructura prácticamente de duopolio.

Y finalmente la Dirección de Investigación ha acreditado que ambas empresas tanto en octubre de 2008 como en 2009, 2010 y en julio de 2011, han llevado a cabo concretas y similares subidas o mantenimiento de precios, argumentando para ello la subida experimentada en el precio de las materias primas y otros costes relacionados con la explotación y comercialización de estos productos. Destacan por ejemplo *“como en julio de 2011 ambas empresas procedieron a aplicar subidas coordinadas de sus productos con una diferencia de 18 días entre la entrada en vigor de las de ARMACELL, el 1 de julio de 2011, y las de K-FLEX, el 18 de julio. Los porcentajes medios de subida no son coincidentes (7,6% de ARMACELL frente al 6% de K-FLEX), pero es que el objetivo estratégico de ARMACELL no era que la subida media fuese homogénea, sino que su competidor aplicase una subida de precios que le permitiese reforzar su decisión de subida en relación con sus clientes y el mercado en general, como se desprende de la información obrante en el expediente.”* También consta acreditado el incentivo de ARMACELL a lograr las subidas de precios de todos sus competidores (HP 3.11 (84)).

Por todo ello valora la Dirección de Investigación 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 Srl y Foam Investment II Sarl, son responsables de la infracción. Argumenta 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”*.

### **TERCERO.- Alegaciones de las partes**

#### ARMACELL

Armacell centra sus alegaciones a la Propuesta de resolución elevada por la DI en tres puntos: (i) la no negación de los contactos ilícitos descritos en el PCH y recogidos en la PR; (ii) los criterios para la determinación del importe de la sanción; y (iii) la imputación de responsabilidad solidaria a FOAM INVESTMENTS.

Reitera en sus alegaciones a la PR lo ya alegado al PCH, que *“no niega la participación de algunos de sus empleados en los supuestos contactos con K-FLEX y **asume la responsabilidad que pueda derivarse de tales conductas en el curso del presente procedimiento.**”* Y que este *“reconocimiento unilateral por parte de ARMACELL, sin necesidad de previo requerimiento al respecto por parte de la CNC, de la responsabilidad por la participación de algunos de sus empleados en los **intercambios de información descritos por la CNC en el PCH** va más allá del deber de colaboración con la autoridad”*. No obstante alega también que tales conductas parecen buscar un interés personal económico o de amistad por parte de los protagonistas, y que ambos fueron cesados en sus cargos. El primero tras tener conocimiento ARMACELL de conductas ilícitas consistentes en la desviación de oportunidades de negocio de ARMACELL a favor de otras empresas en las que éste tenía intereses como inversor.

Alega ARMACELL que el reconocimiento de los hechos realizado por ARMACELL en sus alegaciones al PCH y la asunción de la responsabilidad por las conductas ilícitas imputables a sus trabajadores, le hacen merecedora de una circunstancia atenuante de cooperación regulada en el artículo 64.3.d) de la LDC, en contra del criterio de la DI, que considera que *“no puede considerar colaboración activa simplemente el afirmar que ARMACELL no niega la participación de sus empleados en supuestos contactos con K-FLEX y asume la responsabilidad que pueda derivarse de tales conductas teniendo en cuenta que ARMACELL ha presentado alegaciones tanto a los hechos como a la valoración de los mismos prevista en el PCH”*.

*“Alega que “no solo ha respetado escrupulosamente el deber de colaboración del artículo 39, sino que además: (i) reconoce la existencia de conductas ilícitas por parte de algunos de sus empleados, como se ha explicado en la alegación primera del presente escrito; (ii) asume la responsabilidad que pueda derivarse de las citadas conductas; y (iii) ha aportado elementos fácticos adicionales que han permitido a la DI corregir algunos errores interpretativos contenidos en el PCH.”* Cree necesario recordar que: *“en el marco de un procedimiento sancionador se reconoce a las partes implicadas el derecho a no declarar contra sí mismas (incardinado en el artículo 24 de la Constitución española). De ello se deriva que el reconocimiento expreso de los hechos o la autoinculpación supone una clara renuncia a este derecho que no puede sino favorecer la instrucción del Expediente y beneficiar a quién la realiza. Sostener que, en las circunstancias aquí analizadas, la autoinculpación se incluye dentro del deber de cooperación del artículo 39 de la LDC supondría vaciar de contenido el derecho a no declarar contra uno mismo”*.

Respecto a los criterios para la determinación del importe de la sanción, alega:

(i) Sobre la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, concretamente sobre la cuota de mercado de ARMACELL, y ello porque para valorar la

dimensión y las características del mercado afectado por la infracción se debería tener en cuenta la importante presión competitiva ejercida por otros productos de aislamiento de otras sociedades que comercializan materiales de aislamiento, ya sean basados en la espuma elastomérica, como distintos de ella. Tanto otras marcas como las marcas blancas han experimentado un importante crecimiento y consecuentemente las cuotas de mercado atribuidas a ARMACELL no reflejan realmente su verdadera posición.

(ii) Bajo el epígrafe “Sobre el alcance y la duración de la infracción”, alegan que no es descartable que la conducta imputada por la DI como única y continuada sea en realidad calificable como dos infracciones diferenciadas, una entre 2001-2004, que estaría prescrita por haber transcurrido más de cuatro años desde la finalización de la misma y por tanto, ello tendría un impacto tanto en la duración como en el alcance de la infracción. Argumentan que la propia PR considera que la conducta acontecida en el periodo 2001-2004 estaba constituida por acuerdos anticompetitivos, mientras que las conductas correspondientes al periodo 2005-2012 se califican como meros intercambios de información; que el “contenido del documento titulado *“Reunión 23- 10- 01 K-A”* se remite a una supuesta reunión celebrada entre el Sr. [conf] (despedido posteriormente) y el Sr. [conf], mientras que los emails enviados por el Sr. [conf] acreditarían intercambios puntuales de información, que pueden enmarcarse en la relación de amistad que le unía con el Sr. [conf], antiguo empleado de ARMACELL y con un claro impacto en su retribución anual dado que su contrato preveía un bonus vinculado a las ventas netas y los márgenes conseguidos.

(iii) Respecto a los efectos de la infracción, alegan que en el propio expediente existen elementos que permiten afirmar que las conductas ilícitas que la PR imputa a ARMACELL carecieron de efectos en el mercado. Tales como que los efectos no se habrían acreditado; que al desconocer ARMACELL los contactos de su directivo con el de K-Flex la información recibida no era utilizada en el diseño de su política de precios, que el mercado es muy transparente y los precios se fijan en función de los precios de la materia prima, en especial del crudo; que el anuncio anticipado de ARMACELL a sus clientes de las subidas de precios permite que esta información sea transmitida a sus competidores por el mercado; que los aumentos de precios no fueron idénticos; y que la competencia en este mercado es muy fuerte, como revela el propio PCH. Por todo ello cabe alegar los limitadísimos efectos anticompetitivos de las conductas investigadas.

Por último, sobre la imputación de responsabilidad solidaria a FOAM INVESTMENTS, alega ARMACELL que (i) establece de forma autónoma su propia política comercial sin necesidad de su aprobación por parte de Foam Investment, (ii) que adopta todas sus decisiones organizativas y financieras de forma independiente; y (iii) que FOAM no es más que una empresa de mera tenencia de acciones que sólo es titular indirectamente, de una participación financiera en ARMACELL.

Por todo lo anterior solicitan que en caso de que el Consejo resuelva la existencia de una infracción LDC, no se le imponga a ARMACELL, sanción alguna, o una sanción muy reducida.

FOAM INVESTMENTS II S.a.r.l.

Como matriz de Armacell alega el manifiesto error de la CNC al imputarla en el presente expediente como responsable solidaria de las conductas de Armacell Iberia, S.L, filial de Insulation Spain Holding S.L.U, ésta última a su vez filial de *Foam Investments II S.a.r.l.*

El error radicaría en que la CNC no ha demostrado que Foam Investments determine el comportamiento económico de Armacell, mientras que aquella sí ha demostrado que ni determina el comportamiento económico de Armacell, ni puede hacerlo. La CNC se basa en la presunción de que la participación al 100% de una matriz en el capital de una filial le otorga el control de la misma; en que constan documentos en los que se prueba que mediante reuniones y controles las conductas de K-flex y Armacell podían ser conocidas por la matriz; que la matriz nombra al Consejo de Administración de Insulation Spain Holding, que es a su vez la propietaria al 100% de Armacell y quien nombra al Consejo de Administración de la última. Además tres miembros del Consejo de Administración de Insulation Spain Holding lo son también del de Armacell Iberia, y dos de ellos del Comité de Dirección de la última.

Alega que, a diferencia de la normativa comunitaria, la normativa española sí regula, en su artículo 61.2 la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial, obligando a la CNC a demostrar que la matriz determina el comportamiento de su filial para poder aplicar la presunción de responsabilidad solidaria.

La presunción de que una sociedad matriz determina el comportamiento económico de su filial admite prueba en contrario. Foam Investment alega que ha aportado pruebas suficientes para refutar la presunción de dependencia y de que no determina el comportamiento económico de ARMACELL. Así, Foam Investment es una sociedad de mera tenencia de acciones, que fue creada en 2006; carece de recursos propios y está gestionada por un tercero proveedor de servicios; no dispone de espacio propio de oficinas, ni de empleados; FOAM carece de actividad comercial alguna; la participación de FOAM es puramente financiera; no existen administraciones ni empleados comunes entre FOAM y ARMACELL; ARMACELL se comporta de forma autónoma respecto de FOAM en el mercado.

En resumen, según Foam Investments no se han examinado los argumentos presentados por ella para destruir la presunción de responsabilidad, y tampoco se han presentado pruebas adicionales por parte de la CNC, sin que las aportadas hasta el momento acrediten que FOAM determina el comportamiento económico de Armacell.

#### L'ISOLANTE K-FLEX ESPAÑA S.A.

Introduce sus alegaciones valorando que la PR supone “*un ejercicio de acusación prácticamente sin matices*” al no haberse aceptado prácticamente ninguno de los argumentos vertidos en las alegaciones al PCH. Alega que K-FLEX ha reconocido hechos potencialmente relevantes para el Derecho de la Competencia, como son el reconocimiento de que el documento del año 2001, una minuta de una reunión entre los imputados, revela un contenido potencialmente anticompetitivo, pero que no derivó en ningún acuerdo ni tuvo por tato ninguna consecuencia. Y lo mismo cabe decir del envío de tarifas por parte de un empleado de Armacell a un empleado de K-Flex en

varias ocasiones. También se han aclarado y explicado la no relevancia de otros indicios.

Alegan que la imputación de una conducta única y continuada resulta artificiosa, que reconocieron que la reunión de octubre de 2001 tenía un contenido potencialmente anticompetitivo, pero que la misma no dio como resultado ningún acuerdo ni tuvo seguimiento ni consecuencia alguna, y que en todo caso estaría prescrita. Hubo un envío unilateral de tarifas por D. [conf] a D. [conf], pero sin efectos potenciales.

Y en su opinión, la errónea valoración de los hechos que realiza la DI, se debe al uso indebido de dos mecanismos de interpretación o valoración de los hechos que si bien son admisibles en Derecho de la Competencia, en este caso no han respetado los límites debidos. Se trata del *“principio de la interpretación de la documentación del expediente en su conjunto, más allá de cada documento individual”* (o interpretación *“holística”*), y *“la utilización de la prueba por indicios”*. No se habrían valorado los episodios acreditados de clara y feroz competencia entre ambos imputados; se habría interpretado erróneamente algún documento, que claramente denotaba una conducta legal, y se han alargado conductas en el tiempo sin evidencias de unión entre ellas. Y en cuanto a la prueba de indicios, si existe explicación alternativa plausible, esta debe ser tenida en cuenta, independientemente de quien sea el autor que la fundamenta, un imputado o la DI.

Considera que ha habido vulneración del derecho de defensa por la negativa de la DI a no revelar el origen de la acusación.

Se reconoce existencia de la reunión de octubre de 2001, pero la misma fue convocada por ARMACELL y en puridad, las propuestas procedían básicamente de un directivo recién nombrado que pocos meses después abandonó la empresa (WW), sin que las mismas contasen claramente con la conformidad del otro directivo de ARMACELL presente en la reunión (FV). Se trató de una reunión en la que no hubo ningún acuerdo, ni tuvo continuidad, ni mucho menos surtió efectos porque no influyó en el comportamiento de K-FLEX. Se reconoce que su sola presencia en la reunión *“prueba al menos el acceso a una información comercialmente sensible”*, pero no hubo continuidad en la conducta. Y dado que no se instauró conducta alguna no se precisa que haya *“distanciamiento público”* alguno que solo debe ser exigible en conductas continuadas. Tratándose pues de un hecho aislado, concurre la prescripción de la misma, a efectos de aplicación de la LDC. No obstante existen también diferentes formas de distanciarse de la conducta, como el correo de 2005 que revela una lucha *“feroz”* por captar clientes de ARMACELL, con lo que de haber habido alguna continuidad desde 2001, ésta habría finalizado en 2005, y aun antes en 2002, a juzgar por la lucha mantenida entonces entre los imputados por otro cliente (Isover). De hecho este último correo no solo revela la lucha competitiva por un cliente entre los dos imputados, sino que además, entre la reunión de 2001 y el correo de 2003 median dos años sin indicio alguno de conducta ilícita.

Igual interpretación cabe hacer del correo electrónico enviado por el Sr. [conf] de K-Flex al Sr. [conf] y a la Sra. [conf] (ambos empleados de la empresa italiana L'Isolante K-Flex, Sri), de fecha 17 de noviembre de 2003, pues el mismo, según la explicación de

K-FLEX, se estaría refiriendo al respeto al acuerdo por la distribución, en alusión a conductas previas desleales por parte de Armacell. En este caso, en ausencia de indicios en 2004, entre la reunión de octubre de 2001 y el siguiente correo de 2004, habrían transcurrido tres años sin indicios de conducta ilícita.

Y por lo que respecta al contenido del correo electrónico enviado por el Sr. [conf] al Sr. [conf], con copia al Sr. [conf], de fecha 5 noviembre de 2004, éste no debe ser interpretado como la constatación de un acuerdo entre competidores como hace la DI de la lectura de “no están dispuestos a subir lo acordado” sino que se refieren a que Armacell no está dispuesto a subir lo acordado con sus clientes, pues en este mercado es habitual que antes de las subidas proveedores y clientes hablen sobre las posibles subidas que se pueden asumir y lleguen a un acuerdo. Después el proveedor puede modificar esas subidas, bien porque su estrategia había sido lanzar una información falsa al mercado para que sus competidores suban más que él, o bien para tratar de quedar ante su cliente en mejor posición al subir finalmente menos que la competencia. De nuevo alegan que en este caso, entre la reunión de 2001 y el año 2005 no habría indicios de conductas ilícitas.

En cuanto a los hechos acreditados entre 2005 y 2012, K-FLEX alega como si cada uno de ellos hubiese sido interpretado por la DI como una prueba directa del acuerdo, o bien que los listados de precios de ARMACELL eran enviados a K-FLEX de forma unilateral por ARMACELL, o que ya disponía de ellos antes por haberlos recibido de algún cliente, lo que revela que no era información comercial sensible de un competidor. Además dado que el tiempo transcurrido entre cada uno de los hechos es dilatado, unas veces ocho meses y otras doce meses, no se trataría de una conducta continuada, sino de varias sucesivas en el tiempo, debiéndose aplicar la prescripción a aquellas que cesaron hace más de cuatro años. Solo resultarían no prescritas el envío de las tarifas de ARMACELL a K-FLEX en mayo de 2011, y el correo unilateral sin contestación de ARMACELL a K-FLEX de 9 de enero de 2012.

Alegan que los incrementos de precios realizados ni siquiera coinciden, por lo que no habría ni siquiera una prueba incidental de la existencia de una coordinación de precios entre las imputadas. Y en cuanto al seguimiento de los competidores por parte de ARMACELL, que la DI incorpora como hechos acreditados reveladores de la conducta ilícita, alegan que el seguimiento de los precios de los competidores, cuando ello se produce sin intercambio de información entre competidores, no puede ser considerado como prueba de una conducta ilegal.

K-FLEX alega también contra la inspección realizada en su sede, porque el auto judicial autorizaba la inspección en la sede de L'Isolante K-Flex, S.L., empresa que no existe, y no en la sede de L'Isolante K-Flex España, S.A., que es donde realmente se hizo; que el auto judicial no precisaba el ámbito de la investigación y que la inspección comenzó sin estar presentes los abogados de la empresa.

Por último alegan que las conductas no son aptas para restringir la competencia, que existe autonomía de K-FLEX frente a su matriz L'ISOLANTE, y que tal y como el estudio económico aportado en las alegaciones al PCH revela, no ha habido alineamiento en precios, ni el posible conocimiento de K-Flex de las tarifas de

ARMACEL unas semanas antes de hacerlas públicas en nada afecta a los precios finales que cada proveedor termina aplicando a sus clientes, teniendo en cuenta los descuentos que se le aplican a cada uno sobre los precios de tarifa.

#### L'ISOLANTE KFLEX S.r.l.

L'Isolante Kflex S.r.l, matriz de L'Isolante Kflex España S.A., se remite en sus alegaciones a lo expuesto por su filial a lo largo del procedimiento, por carecer de conocimiento directo de los hechos, ni tener responsabilidad en los mismos. Rechaza que los documentos que obran en el expediente en los que aparecen involucrados personal de L'Isolante Kflex S.r.l., como destinatarios de correos electrónicos enviados por personal de L'Isolante Kflex España S.A., puedan servir para presuponer la ausencia de independencia de la filial respecto a la matriz, dado que en un caso el asunto que se comunica es extraordinario porque requiere involucrar a una fábrica del grupo que no está en España; y en otro se trata de comunicar comportamientos desleales de un competidor; y en un tercero se trata de comunicaciones informales de no van nunca destinados a personal de la matriz.

Alega que la DI no ha desvirtuado sus alegaciones sobre la independencia de la filial de la matriz, tanto formales, sobre la base de los poderes otorgados al Sr. [conf], como en la práctica, como revela el hecho de que la filial comercialice productos que no fabrica su matriz, sino que incluso compite con ellos. Estas ventas las hace la filial mediante negociaciones en total independencia de la matriz.

Respecto a la conducta imputada alega que no se ha acreditado que K-Flex haya realizado ningún seguimiento de precios ni de la evolución de sus competidores en el mercado, y que ambos grupos mantienen una competencia feroz, no solo en España sino en el resto del mundo, como demuestran los litigios que han mantenido en Italia, por competencia desleal y abuso de posición de dominio, (que terminó con un acuerdo transaccional); en EEUU, de Armacell contra K-Flex por infracción de derecho de patentes; o en Alemania, también por infracción del mismo derecho.

Alegan que a raíz de las demandas de Armacell contra K-Flex, el Sr. [conf] envió un correo electrónico a los empleados del grupo ordenándoles abandonar cualquier grupo o comité en el que estuvieran presentes con Armacell y prohibiéndoles tener cualquier contacto, incluidos los informales, con empleados de Armacell. Dicho correo no incluía como destinatario a la filial española por carecer de fábrica.

En resumen, la matriz desconocía los envíos de las tarifas de precios que eran enviados desde Armacell hasta su filial, envíos que se producían en el marco de la amistad de las dos personas implicadas que habían coincidido ambos en Armacell. Además las tarifas enviadas eran ya públicas.

#### **CUARTO.- Sobre alegaciones de procedimiento**

Antes de proceder a la valoración de la conducta resulta pertinente dar respuesta a las alegaciones planteadas sobre el procedimiento. No cabe apreciar la alegación planteada de indefensión por el hecho de no poder conocer la fuente de información de la DI sobre esta conducta. 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, por lo que las partes han teniendo la posibilidad de alegar lo que a su derecho interese o haber presentado las pruebas que refuten dichos hechos.

Tampoco pueden prosperar las alegaciones realizadas contra la inspección por no constar correctamente la denominación social de la empresa en el auto, por no precisar el auto el ámbito de investigación, y porque la investigación comenzó sin estar presentes los abogados de la empresa. Y ello porque la información que consta en el auto judicial, si bien puede considerarse incompleta al omitir la palabra “España” en la denominación social de la empresa, dicha omisión solo puede ser considerada como un error sin consecuencias, puesto que la propia Orden de Investigación que precede al Auto, y que fue entregada a los responsables antes de comenzar la inspección si contiene la denominación correcta de la empresa. Además en el propio Auto se acompaña numerosa información adicional que permite una identificación completa de que la empresa objeto de la inspección no era otra que la que realmente se inspeccionó. Respecto a la delimitación del ámbito de investigación, el auto lo describe como *“posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas que podrían suponer una violación tanto del artículo 1.1 de la LDC como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los mercados de fabricación y comercialización de aislamientos de espumas elastoméricas”*, por lo que no puede entenderse la falta de definición del ámbito de investigación alegada, añadiéndose además en el mismo auto el alcance de las facultades de inspección desde la perspectiva de la legalidad ordinaria del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el mismo auto se le informa a la empresa inspeccionada del derecho que le asiste para presentar contra dicho auto el correspondiente recurso. Y por último debemos recordar que la presencia de un abogado no es un requisito legal previo imprescindible para que la CNC pueda llevar a cabo una inspección domiciliaria, tal y como los inspectores de la CNC le informaron al gerente y representante de la empresa antes de comenzar la inspección, y así consta en el acta de la misma (Ver Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2007, France Telecom/Comisión, T 340/04; Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2010 (asunto T-23/09), y Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, que recoge la doctrina comunitaria antes citada).

#### **QUINTO.- La ilicitud de la conducta por anticompetitiva**

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 eliminasen 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.

El correo electrónico de noviembre de 2002 (HP 3.2), si bien no supone un contacto directo entre los imputados, como erróneamente fue interpretado en el PCH y que ha sido así reconocido tras las alegaciones presentadas por K-Flex, sí que revela que K-Flex tenía conocimiento de órdenes dadas por el responsable de Armacell a su responsable comercial respecto a un cliente, y ejecutadas por éste, antes incluso de que dicha información les llegase por vía de dicho cliente. Ello no hace sino añadir

indicios de una comunicación impropia entre competidores reales. Este mismo correo pone de manifiesto que el Director Comercial de L'Isolante K-Flex España, filial española de L'Isolante K-Flex Srl, informaba a directivos de su matriz sobre las negociaciones con sus clientes.

En noviembre de 2003 (HP 3.3) el Director Comercial de la filial española de L'Isolante K-Flex Srl, se dirige de nuevo, mediante correo electrónico a los directivos de su matriz, dando por hecho que uno de ellos mantiene contacto con el responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU, y reconociendo la existencia de reuniones, de acuerdos de no agresividad y de respeto a la distribución, señalando incluso algún posible incumplimiento de dichos acuerdos.

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.

En correo interno de julio de 2005 de Armacell se informa de ciertas ofertas de K-Flex en Cataluña, Andalucía y Levante, mostrándose extrañeza por el nivel de descuentos que están aplicando, y el Director Regional de Ventas de Armacell, pregunta abiertamente en dicho correo si había algún tipo de acuerdo verbal con L'Isolate, matriz de K-Flex para limitar los descuentos. En un mercado que funciona competitivamente, sin que exista cierta relación entre los competidores, no se explica el contenido del correo, pues de la observación de que un competidor está limitando descuentos, o lo que es lo mismo, subiendo precios, no debería automáticamente llevar a un comercial a preguntarle a su empresa si ha habido algún tipo de acuerdo con el competidor, a no ser que dicho comercial supiera de antemano el nivel de descuentos que su competidor iba a ofrecer en el mercado.

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 K-Flex en el correo de 29 de julio. En correo electrónico de 4 de septiembre de 2008 K-Flex 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 15 de mayo de 2010 (HP 3.10), el responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU, se dirige al Director Comercial de Armacell en España por correo electrónico para informarle de los resultados de la comparativa de precios propios de 2009 y 2010, asegurándole que los incrementos de los descuentos no han superado un tope, y que dicho nivel de los incrementos de descuentos habían sido *“totalmente cubiertas por los incrementos de precios”*, con lo que *“Armacell ha mantenido 100% su Política de Precios y no ha distorsionado de ningún modo el nivel de precios dentro del sector de distribución”* y acaba con el mensaje de *“Este es el comentario que puedes transmitir a nuestro amigo y si él quiere ponerse en contacto conmigo, no tengo ningún inconveniente. También puedo llamarle yo si él lo considera oportuno.”*

En el contexto en el que viene acreditándose la conducta infractora, la interpretación lógica y consecuente con todo lo que antecede es que el documento original mencionado en el anterior correo se refiere a un documento de K-Flex, lo que explicaría la solicitud y la cautela de no dárselo a nadie. Y de igual manera, la segunda comunicación revela que el responsable de Armacell para Europa Oeste está ofreciendo al responsable en España una justificación de la actuación de Armacell en lo referente a su política de precios, garantizando que no ha distorsionado los precios en el sector, y por último ofreciendo contactar directamente con un tercero, al que parecen ir destinadas estas justificaciones, tercero con el que el responsable de Armacell en España parece mantener un cauteloso contacto.

De haber habido algún tipo de cautela en 2009 y 2010, estas habrían desaparecido en 2011, pues de nuevo consta un correo electrónico de 4 de mayo de 2011 (HP 3.11) del Director Comercial de Armacell en España al Director General de K-Flex en España en el que se adjunta un *“Cuadro Resumen Subidas Precios Julio 2011”*, por gamas de productos para subir los precios en julio de 2011. No es la única comunicación entre los imputados, pues en correo electrónico de 23 de junio de 2011 titulado Tarifas K-Flex, de un Delegado Comercial de Armacell al Director Comercial de Armacell en España y al Director General de K-Flex en España, les informa de que K-Flex estaría aplicando la subida del 6%, y pregunta si saben si Kaiman, un tercer competidor, también subiría los precios.

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.

La valoración de la cronología de hechos relatados lleva a concluir, sin ningún género de dudas, que la conducta desempeñada desde 2001 hasta al menos el momento de las inspecciones domiciliarias realizadas por la DI en enero de 2012, debe ser calificada como una conducta contraria al artículo 1 LDC y 101 TFUE, atendiendo al riguroso escrupulo intelectual que se debe aplicar en la apreciación de los hechos narrados.

Estamos ante hechos que, en su conjunto, suponen una prueba directa de contactos, que por su naturaleza y contenido, son contrarios a las normas de defensa de la competencia, como reconoce la propia Armacell en sus alegaciones. Y el hecho de que a lo largo de más de una década de un contexto de colaboración, coordinación y contacto entre las imputadas, puedan existir periodos de tiempo con ausencia de contactos directos, no puede llevar ni a considerar la sucesión de conductas como hechos independientes que deban ser enjuiciados de forma individual, ni puede llevar a ignorar ciertas pruebas cuyo contenido, aun sin implicar un contacto directo entre ellos, pone de relieve la continuidad de la conducta.

En efecto, lo que tenemos es una larga serie de pruebas directas, entre 2001 y 2011, que acreditan la existencia de conversaciones y contactos mantenidos entre los imputados. El Consejo no puede sino interpretar el conjunto de estos hechos como una conducta única y continuada en el tiempo, que sirviendo a un único propósito, evitar la incertidumbre sobre las políticas comerciales de terceros sobre la que descansa la competencia efectiva que debe residir en un mercado competitivo, debe ser declarada anticompetitiva y por tanto infractora de las normas de defensa de la competencia.

Estamos ante una conducta que habría comenzado en 2001, momento en el que las partes se reunieron para establecer el alcance de su acuerdo, acuerdo del que constan en el expediente hechos que acreditan su continuidad desde entonces. Se pretende en las alegaciones que en la última etapa solo se habría producido un intercambio de información, y que por tanto la conducta merecería una calificación de menor gravedad y que además las actuaciones anteriores de los imputados estarían prescritas. Al margen de que estas alegaciones suponen un reconocimiento en sí mismo de una conducta ilícita por su objetivamente efecto potencialmente anticompetitivo, al valorar todos los hechos del expediente no se puede concluir sino que la misma forma parte, junto a los acuerdos de subidas de precios, o el respeto de los clientes de la conducta única y continuada acreditada desde 2001. Es doctrina consolidada que la infracción única y continuada no queda desvirtuada por el hecho de que uno de los actos que la conforman pudiera constituir por sí mismo y de forma aislada una infracción de las normas de competencia. La conducta no se limita solo a comunicarse las tarifas oficiales de unos u otros con una significativa antelación respecto al momento de su entrada en vigor, sino que previamente a la elaboración de dichos listados acordaban

poner límite a los descuentos, modificar las tarifas relativas de ciertos productos, y los momentos temporales en los que se aplicarían dichas tarifas. Pero es que además, esos intercambios de información a través de los envíos de listados, iban precedidos o acompañados de consultas y de invitaciones al consenso sobre los mismos, como en 2007, cuando se dice *“Me gustaría hablar contigo lo antes posible para definir lo antes posible la estrategia con AC y EC d 19 mm. Tengo alguna alternativa a lo que comentamos”*, o *“Te he dejado un mensaje en el móvil para ver si has podido ver la propuesta de subida de precios de 2008”*. No se trata pues solo de intercambios de tarifas de precios, sino que se éstos se consensuaban entre ellos. Existen igualmente evidencias de que el acuerdo también habría implicado cierto reparto de mercado, o al menos cierto respeto de los clientes y de los distribuidores.

Considera este Consejo que la ilicitud de la conducta, desde la normativa de competencia, está fuera de toda duda, y que el mayor o mejor alcance de la conducta, como ha sido cuestionado en las alegaciones, en nada afecta a esta valoración, sino que es ésta es una cuestión que deberá verse valorada adecuadamente en el grado de reproche que se considere oportuno a través de la correspondiente sanción.

La estrategia de K-FLEX de alegar aisladamente a cada una de las pruebas intentando encontrar una explicación alternativa individualizada pretende que estamos ante una prueba de indicios. Sin embargo, el propio relato cronológico de los hechos refuta por sí mismo las injustificadas alegaciones de K-Flex de no haber considerado la explicación alternativa plausible de algún concreto hecho, o de haber alargado las conductas en el tiempo sin evidencias que las unan. Insistimos que no estamos ante una conducta enjuiciada bajo la prueba de presunciones, y por lo tanto la explicación alternativa plausible no cabe aplicarla de forma individual a uno solo de los hechos que conforman la identidad de una única conducta, sino que habría que aplicarla a dicha conducta. Por ello, no procede dar contestación individualizada y pormenorizada de las alegaciones presentadas por K-Flex a cada uno de los hechos acreditados, puesto que estamos ante una conducta única, extendida durante más de una década, y basada mayoritariamente en pruebas directas de los contactos entre competidores, del contenido de esos contactos, y de la aplicación de los acuerdos. El objetivo único de todos los hechos acreditados se dirige a controlar los precios del mercado de los aislamientos de espuma de elastomérica, y el respeto de los clientes de unos y otros, por lo que todos estos hechos no cabe sino valorarlos como una única conducta, conducta que además se ha mantenido en el tiempo de forma ininterrumpida desde al menos el año 2001, por lo que debe valorarse también la misma como una conducta continuada.

Como ya se ha argumentado no puede acogerse la alegación que pretende que la DI ha definido dos conductas diferenciadas en dos periodos temporales, una primera etapa en la que se habrían adoptado unos acuerdos que no habrían perdurado más allá de 2004, y que por tanto su posible ilicitud estaría prescrita, y un mero intercambio de información discontinuo en el tiempo durante una segunda etapa. 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. En el mismo sentido se ha pronunciado antes el TG, en su de 16 de diciembre de 2003, asuntos acumulados T-5/00 y T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie BV*, en la que sostiene: “406. (...) *Los incidentes relativos a la ampliación del acuerdo colectivo de exclusividad y el envío de recomendaciones en materia de precios por parte de la FEG no constituyen infracciones autónomas, sino elementos constitutivos de las infracciones contempladas en los artículos 1 y 2 de la Decisión impugnada, respectivamente. Por esencia, tales infracciones tienen carácter continuado. El hecho de que la Comisión no haya aportado pruebas de las presiones ejercidas por TU sobre ciertos proveedores en aplicación del acuerdo colectivo de exclusividad por un período superior al comprendido entre el mes de julio de 1990 y 1991 no permite, pues, poner en entredicho las pruebas de la existencia de la infracción entre el 11 de marzo de 1986 y el 25 de febrero de 1994. Del mismo modo, el hecho de que únicamente haya constancia del envío de recomendaciones en materia de precios por parte de la FEG en el período comprendido entre el 21 diciembre de 1988 y el 24 de abril de 1994 no pone en entredicho la atribución de una duración superior a la infracción, desde el momento en que dicha atribución se base en indicios objetivos y concordantes*”.

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.



## **SEXTO.- La responsabilidad de la conducta**

Valorados los hechos acreditados en el expediente, el Consejo coincide con la propuesta que realiza la Dirección de Investigación, tanto en lo referente a la responsabilidad propia de Armacell Iberia SL y L'Isolante K-Flex España SA, como a la responsabilidad solidaria de sus matrices, respectivamente FOAM INVESTMENT II S.a.r.l. y L'Isolante K-Flex S.r.l.

En ambos casos se trata de filiales que pertenecen al 100% a sus matrices, por lo que en principio, siguiendo la jurisprudencia nacional y comunitaria, cabe aplicárseles el principio de unidad económica empresarial y ausencia de independencia de comportamiento de la filial respecto a la matriz (sentencia del TG, Asunto T-24/04, Alliance One, SCTC y TLTC par. 133,134).

No obstante, según doctrina comunitaria (sentencia del TG, Asunto T-24/04, Alliance One, SCTC y TLTC par. 130), este principio puede ser refutado si existen pruebas de que la matriz no determina el comportamiento de su filial, y en este sentido la legislación española no implica automáticamente, como pretende Foam Investment, invocando el artículo 61.2, que la CNC venga obligada a demostrar que la matriz determina el comportamiento de su filial para poder aplicar la presunción de responsabilidad solidaria. Como regula el propio artículo, opera la presunción de responsabilidad con solo acreditar que la matriz controla la filial, lo que sucede al tener el 100% de su capital o con otros elementos que prueben la falta de autonomía de la filial, y continúa diciendo *“excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”*. Por lo tanto, que si se acredita que en efecto el comportamiento de la filial no viene determinado por la matriz, no cabrá aplicar la responsabilidad solidaria. De dicha disposición no cabe deducir que la LDC imponga a la CNC la carga de probar que la matriz condiciona el comportamiento de la filial, sino que ante la existencia de pruebas de lo contrario, decae la aplicación de la presunción inicial. Será por tanto potestad de la parte acreditar dicha ausencia de control de comportamiento por parte de la matriz.

En el caso presente, además de que ambas matrices poseen el 100% del capital de las filiales infractoras, 99,99% en el caso de K-Flex, existen pruebas en el expediente de que las matrices participaban activamente en la implementación de la política comercial de sus respectivas filiales.

Por lo que respecta a la responsabilidad solidaria de L'Isolante K-Flex S.r.l., en los hechos probados (HP 3.2, 3.3 y 3.4) consta acreditado que el Director Comercial de L'Isolante K-Flex España se dirige por correo electrónico a directivos de su matriz, L'Isolante K-Flex S.r.l., en los que no solo les comunica el estado de las negociaciones con cierto cliente en España, sino que también se refiere a un previsible contacto entre uno de ellos y un directivo de Armacell, miembro a su vez del consejo de administración de la matriz de esta. Es decir, en el presente caso no solo cabe apreciar la presunción de control económico de la matriz sobre la filial en base a la titularidad del capital de la misma, sino que hay pruebas directas de que la matriz, conocía, cuando menos, el comportamiento anticompetitivo en el que su filial estaba implicada. Estos correos no son refutados ni por L'Isolante K-Flex España SA, ni por su matriz, que

coinciden en sus alegaciones, argumentando que se trata de hechos aislados y que el contenido de cada uno de ellos responde a otro tipo de conductas. En un caso pretenden refutarlo alegando simplemente que se referiría a un acuerdo de distribución para evitar conductas desleales de Armacell y en el segundo que Armacell se referiría aun acuerdo con sus clientes, no con K-Flex. Esta alegación se desacredita por sí misma sin más que leer la frase completa que figura en el correo antes citado del Director Comercial de L'Isolante K-Flex España a directivos de su matriz, en el que lo que realmente se dice es *“no están dispuestos a subir lo acordado [en relación a Armacell] y sin embargo si insisten en que nosotros [en relación a K-Flex] debemos subir un 10%”*. No puede pretender L'Isolante K-Flex S.r.l. que la DI no haya desvirtuado sus alegaciones sobre la independencia de su filial, solo por los poderes otorgados al gerente de la misma en España, cuando hay pruebas directas de los contactos entre la dirección de la filial y directivos de la matriz respecto a la conducta imputada como ilícita, ni tampoco que por el hecho de que pueda hacer ciertas negociaciones con terceros de manera independiente de su matriz, la totalidad de sus actos los haga bajo esa presunción de independencia.

Por último, L'Isolante K-Flex S.r.l., aporta como prueba fundamental el correo electrónico que su Presidente envió a las filiales de varios países exigiendo el cese de cualquier contacto, por informal que fuese, entre empleados de K-Flex y de Armacell, dado los distintos procesos judiciales en los que ambas empresas estaban involucradas. Se da la circunstancia que este correo, fechado el 28 de mayo de 2008, no fue enviado a la filial de España. Quizás dicha ausencia explica que el 29 de julio de 2008, y más aún, el 4 de mayo de 2011 hubiese correos electrónicos de Armacell a K-Flex de colaboración en el tono habitual y con los listados de precios a aplicar en fechas posteriores.

Debe rechazarse igualmente la alegación presentada por L'Isolante K-Flex S.r.l. el 22 de mayo de 2013, y no por estar presentada fuera del plazo de alegaciones a la PR, sino porque su referencia a la SAN de 25 de octubre de 2012 sobre la que pretende basar su alegación no es aplicable a este caso. Lo que la AN determina es que no es imputable la responsabilidad en la comisión de la infracción a una filial sobre la que no se tiene prueba directa de su participación en la conducta, basándose en que la matriz sí había participado directamente en la infracción, y presumiendo que ésta dictó directamente el comportamiento de su filial. Por el contrario, lo que imputa en este caso la DI, y el Consejo está de acuerdo, es la responsabilidad solidaria de la matriz respecto de las consecuencias que se derivan de la participación directa de su filial en la infracción.

Las alegaciones de Armacell Iberia y Foam Investments II, su matriz última, no pueden ser tampoco acogidas por este Consejo. Más allá de la presunción de dependencia que otorga el hecho de que la matriz sea la titular del 100% del capital de Insulation Spain Holding S.l.u, y que ésta posea el 100% del capital del Armacell Iberia, está ampliamente acreditado que el responsable de ARMACELL para Europa Occidental y miembro del Consejo de Administración de Armacell Iberia SL y de Insulation Spain Holding SLU, estaba completamente al corriente de los hechos ( HP 3.3, 3.8 (78) y

3.10), y participaba en ellos. El Consejo de Administración de Insulation Spain Holding SLU es a su vez nombrado directamente por Foam Investment II.

Alega Foam Investment que es solo un fondo de inversión que no gestiona ni participa en la gestión diaria de las empresas que adquiere, no participando pues en la toma de decisiones de dichas empresas. Como el TG ha recordado en su sentencia de 16 de junio de 2011 (asunto T-197/06, FMC/Comisión), en relación con la responsabilidad de la sociedad matriz, el hecho de que su objeto social permitiera afirmar que se trataba de un **holding**, no era motivo suficiente para entender que la presunción de control de la filial –en caso de titularidad del 100% de las acciones- se debiera considerar destruida. Concretamente argumenta:

*“130. El hecho de que el objeto social de la sociedad matriz permita concluir que ésta constituía un **holding** cuya función era, según sus estatutos, gestionar sus participaciones en el capital de otras sociedades **no basta por sí mismo para destruir la citada presunción** (véase, en este sentido, la sentencia Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, citada en el apartado 109 supra, apartado 70). (...)”*

Y en el mismo sentido, en sentencia reciente del TJUE de 11 de julio de 2013 (asunto C-440/11 P, Comisión/Stichting y otros), el TJUE anuló la sentencia del TG en cuanto había anulado la multa impuesta a Portielje. Según el TJUE, el TG cometió un error de Derecho al juzgar que Portielje, la **fundación** matriz de Gosselin, sólo podía ser sancionada si, considerada de forma separada, podía ser calificada como empresa en el sentido del Derecho de la Competencia. Además, dado que Portielje controlaba al 99,9% a Gosselin, el TG estimó erróneamente que la falta de adopción de una decisión formal de gestión por Portielje durante el período por el que está obligada solidariamente al pago de la multa bastaba por sí sola para desvirtuar la presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva en Gosselin. Recordaba que “42. (...) se puede imputar a una entidad jurídica la responsabilidad por el comportamiento de otra entidad jurídica cuando esta última no decide con autonomía su conducta en el mercado. Por consiguiente, el hecho de que la entidad a la que pertenece la totalidad o la casi totalidad del capital de otra entidad o que controla la totalidad o la casi totalidad de las participaciones sociales de esa otra entidad (en lo sucesivo, «entidad de cabecera») **esté constituida con la forma jurídica de una fundación, y no de una sociedad, carece de pertinencia.** (...)” y “44. El único factor determinante a efectos de la sanción es que todas las entidades jurídicas a las que se considera solidariamente responsables en todo o en parte del pago de la misma multa constituyan, conjuntamente con la entidad cuya participación directa en la infracción se ha demostrado (en lo sucesivo, «autor de la infracción»), una sola empresa en el sentido del artículo 81 CE. Pues bien, conforme a la jurisprudencia recordada en los apartados 38 a 41 de la presente sentencia, **lo relevante en ese sentido es el ejercicio efectivo por la entidad de cabecera de una influencia decisiva en el autor de la infracción.**”

En el presente expediente, ninguna de las matrices ha probado, a juicio de este Consejo, que no controlen el comportamiento económico de sus filiales y, por lo tanto,

deben ser declaradas responsables solidarias de sus filiales en cuanto a las responsabilidades de estas derivadas de la presente resolución.

### **SÉPTIMO.- El cálculo de la Sanción**

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales. La infracción declarada en este expediente como una conducta contraria al artículo 1 LDC y 101 TFUE, pertenece a las conductas establecidas como muy graves en el citado artículo.

Y dado que este tipo de infracción es merecedora de una sanción económica, debe estarse para su cálculo a la regulación que la LDC contiene en sus artículos 61 a 64, donde se establecen los criterios fundamentales a tener en cuenta para establecer el importe de dicha sanción. Así mismo, estos criterios han sido la base establecida 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*", publicada en el B.O.E de 11 de febrero de 2009, que sirve de guía para estimar la cuantía de la sanción.

Los citados criterios del art. 64 de la LDC, son: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y g) las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables. Todos ellos se han incluido en la metodología para el cálculo de la sanción contemplada en la Comunicación para lograr cumplir con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que deben cumplir.

Siguiendo el principio de transparencia que se le ha querido otorgar a la labor sancionadora de la CNC, y de acuerdo con el párrafo (10) de la Comunicación, "*El volumen de ventas afectado por la infracción*" será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto (15).

El mercado afectado por la infracción abarca a los productos incluidos en la denominación de productos de aislamiento de espuma elastomérica en España, fabricados y o distribuidos por las empresas infractoras en este expediente. Sobre este concepto se ha solicitado a las partes el volumen de negocios que les corresponde

durante el tiempo de la infracción. Dado que la infracción consta acreditado que se habría producido a raíz de la reunión de octubre de 2001, para el cálculo de la sanción es preciso disponer de los volúmenes de negocios en el mercado del de productos de aislamiento de espuma elastomérica en España para cada uno de los años de la infracción desde octubre de 2001 hasta 2011 incluido, ya que es razonable suponer que las inspecciones domiciliarias realizadas después de enero de 2012 debieron poner fin a la infracción.

Es práctica de la CNC solicitar a las partes, siempre que es posible, esta información, evidentemente para la totalidad del periodo para el que se ha acreditado la comisión de la infracción. En este caso dicha información no constaba completa en el expediente, como consecuencia de que la DI había solicitado en el curso de la instrucción dicha información solo para los años 2009 a 2011. Alegan en respuesta al requerimiento de información que dado que el requerimiento de la DI se limitó a esos años era lógico esperar que cualquier cálculo de sanción se haría solo sobre esos años, por lo que les sorprende que después el Consejo solicite el resto de la información para los años 2001 a 2008. Consideran que o bien el Consejo está yendo más allá de lo que la DI consideró necesario, lo que supondría en su opinión un cambio en la calificación de la conducta para el que no se ha seguido el trámite legal para ello dando un plazo para alegaciones, y que debiera haber seguido lo regulado en el artículo 51.4 LDC, o bien está completando un olvido de la DI, en cuyo caso no procede aplicar el artículo 39.1 LDC puesto que no concurren las condición de necesidad que establece tal precepto, pues el término necesario se refiere a que no haya otro momento ni manera de hacerlo o de obtener la información, y la DI pudo pedir toda esa información a la vez que pidió los años 2009 a 2011, y aun cuando cupiera esa actuación la misma no puede conllevar la suspensión del plazo para resolver. Por todo ello plantea la nulidad del requerimiento y de la suspensión que conlleva, debiéndose mantener los plazos máximos para resolver.

Otras jurisdicciones, como la Comisión Europea tienen en cuenta igualmente la duración de la infracción en el cálculo de la sanción, pero lo aplican multiplicando el volumen de negocios del último año por el número de años que abarca la infracción. En cualquier caso, dado que el criterio establecido en el artículo 64.d) LDC, impone tener en cuenta la duración, y el 64. f) el beneficio ilícito, no solo es racional, sino lícito, y así se viene haciendo doctrinalmente, tanto por las autoridades de competencia nacionales como comunitarias, considerar como elemento base para el cálculo de la sanción la facturación obtenida por la empresa como consecuencia de la infracción, y por tanto durante todo el periodo de la infracción.

La propuesta elevada al Consejo por parte de la DI establece literalmente: *“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistentes en la coordinación comercial entre ARMACELL y K-FLEX durante el período 2001 a 2012”*. No puede ser más claro que la DI ha calificado la conducta infractora como una ilicitud del artículo 1 LDC y 101 del TFUE y que el periodo de duración de dicha infracción comprende desde 2001 a 2012. Y a la hora de valorar los criterios para el cálculo de la sanción, señala en el párrafo 209 de la PR alegada por las partes que *“La conducta analizada consistente en la coordinación*

*comercial entre ARMACELL y K-FLEX se ha llevado a cabo, al menos, entre octubre de 2001 y enero de 2012.”* El artículo 51.4 de la LDC establece que: *“Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas.”* No se alcanza a comprender donde reside el cambio de calificación que alega la parte y que debería haber dado lugar a la aplicación del citado artículo 51.4 LDC.

El Consejo, con el requerimiento de información de 18 de julio de 2013 está simplemente actuando en el ámbito del artículo 51.1, requiriendo información necesaria no solo para formar su juicio en cuanto al importe de la sanción según los criterios del artículo 64, sino también para cumplir el mandato legal contenido en el artículo 63.1 que limita la capacidad sancionadora de los órganos competentes, y en el caso que aquí aplica en su letra c) el límite es el siguiente: *“Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”*

Dadas la lógica de las fases consecutivas de instrucción y resolución contenidas en el procedimiento regulado por la LDC, es habitual que en el momento final de la resolución, cuando corresponde procederse al cálculo de la sanción, el volumen de facturación del año previo al de imposición de la sanción que contempla la observancia del artículo 63.1, no esté disponible en el expediente, y ello simplemente porque dicho año aún no había finalizado cuando la DI dictó el cierre de la fase de instrucción. Resulta pues absolutamente necesario realizar durante la fase de resolución dicho requerimiento de información, lo cual concurre exactamente en este caso con respecto al volumen de negocios del año 2012. Respecto a los años 2001 a 2008, es evidente que si la calificación es de 2001 a 2012, la ausencia de información del 2001 a 2008 es una deficiencia de información que debe ser subsanada. Ciertamente el Consejo podría haber utilizado los datos de 2009 y 2010 y sobre ellos estimar los volúmenes de facturación de los años anteriores, lo cual no habría dado lugar a ningún tipo de alegación de las partes, pero como ya se ha dicho, el Consejo solicita la información real a las partes siempre que ello es posible, intentando obtener un importe de la sanción lo más proporcionado posible a las facturaciones reales. Pero es que además la solicitud de información a las partes, ya sea por su necesidad o por subsanación en el expediente, están contempladas en el art. 37.1 como razones que justifican la suspensión del plazo máximo para resolver, por lo que las alegaciones planteadas deben ser desestimadas en su totalidad.

Por todo lo argumentado, el Consejo considera que carecen de fundamento las alegaciones realizadas por K-Flex, tanto matriz como filial, respecto al requerimiento de este Consejo de solicitar los volúmenes de facturación de los años 2001 a 2008.

Con la información que consta en el expediente remitida por las partes sobre el volumen de facturación procedente de la venta de espuma elastomérica en Espala, el Consejo ha procedido al cálculo de la sanción correspondiente. Sobre dichos datos se han aplicado los correspondientes coeficientes temporales que establece la

comunicación en su párrafo (15). Los valores obtenidos así, y sobre los que deberá aplicarse el porcentaje que se considere apropiado según el alcance, la gravedad, los efectos y la naturaleza de la infracción son de 64.973.717 de euros para Armacell Iberia, y de 23.497.128 de euros para K-Flex.

La naturaleza de la infracción es calificada por el artículo 64.1 como muy grave, se trata de un acuerdo para incrementar los precios de venta y respetarse los clientes de uno y otro; ha sido de larga duración, al menos 11 años y tres meses; el alcance de la misma abarca al menos todo el territorio nacional; y las dos empresas infractoras suministran no menos del 80% del mercado. Se trata pues de un mercado concentrado, donde el poder de la demanda, muy atomizada dada la multitud de aplicaciones del producto, no es importante. Por último, en los hechos probados en el presente expediente está acreditado que las subidas anuales aplicadas a los productos afectados oscilaban entre el 5 y el 10%, y que efectivamente se aplicaban, incluso en un contexto de caída de la demanda. Alega Armacell que los efectos no están acreditados porque los incrementos de precios no se han producido. Sin embargo, en los hechos probados está acreditado que los incrementos de precios se llevaban a cabo (HP 3.11 (85), (86), (88), (91), (92), (95), (100), (102), (103) y HP 3.12), a pesar de estar en un situación de descenso de la demanda y de que, según Armacell, compiten con oferentes de otros materiales aislantes.

Se trata de una conducta que ha desplegado, sin duda alguna, sus efectos sobre el mercado, durante más de una década. Por todo ello el tipo a aplicar, de acuerdo con el párrafo (14) de la Comunicación no debería situarse por debajo del 10%.

Aplicando estos criterios el importe básico de las sanciones a aplicar serían:

<b>Empresa</b>	<b>Importe Básico (€)</b>
ARMACELL	6.497.371
K-FLEX	2.349.712

No obstante este cálculo de la sanción, antes de resolver su imposición el Consejo debe observar el cumplimiento del artículo 63.1.c) de la LDC, que establece que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Teniendo en cuenta el volumen de facturación total de los grupos empresariales a los que pertenecen las empresas infractoras, se constata que ninguna de estas sanciones supera el respectivo 10% del citado artículo (folios 4296 y 4287, declarados confidenciales).

Tampoco la Dirección de Investigación, ni el Consejo, han apreciado que concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Armacell alega que su actitud durante la instrucción de este expediente es una circunstancia atenuante, no reconocida por la DI. El Consejo, de acuerdo con la DI, no aprecia que el reconocimiento de que alguno de sus empleados pudiera haber participado en una conducta anticompetitiva le hace merecedora de la aplicación de atenuantes. Los apartados a), b) y c) del artículo 64

LDC regulan la aplicación de atenuantes cuando media una actitud por parte del infractor que de alguna manera mitiga la gravedad inicial de la infracción o actúa en pro del interés general, colaborando de manera efectiva con la CNC como regula el apartado d). Nada de ello es apreciable en este caso, pues ni altera la gravedad de la infracción, ni modifica los efectos o duración de la conducta, ni afecta positivamente a la labor instructora de la DI en tanto en cuanto la conducta observada por ARMACELL no ha ido más allá de lo que se deriva de su obligación de colaboración con la CNC (art. 39 de la LDC). Este Consejo ya se ha pronunciado sobre la aplicación del atenuante en caso de colaboración activa y efectiva (*Resoluciones de 31 de julio de 2010, Expte S/120/08 Transitarios, de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10, Licitaciones carreteras y de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/10, Sobres de papel, y Expte S/380/10, Coches de Alquiler, de 30 de julio de 2013*). Ninguna de las circunstancias que concurrían en dichos expedientes se encuentran en este caso, donde la colaboración que alega ARMACELL se limita a reconocer hechos ya probados por la DI e irrefutables, como son la existencia de una reunión en 2001, sobre la que sin embargo sostiene que no derivó en acuerdo alguno, y que los intercambios de información que figuran igualmente en los hechos probados por la DI y que resultan irrefutables, habrían sido realizados por algunos de sus empleados sin su conocimiento. La asunción formal de su responsabilidad legal sobre los actos de sus empleados en el marco de este expediente, como prende en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, no puede ser valorada como una colaboración activa y efectiva con la CNC merecedora de un atenuante.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo, en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

## HA RESUELTO

**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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.