



Roj: **STS 4465/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4465**

Id Cendoj: **28079130032015100314**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/10/2015**

Nº de Recurso: **1667/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 888/2013,**
STS 4465/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.667/2.013, interpuesto por KSB ITUR SPAIN, S.A., representada por el Procurador D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 25 de febrero de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 390/2.011, sobre conducta prohibida en materia de defensa de la competencia (expte. S/0185/09).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 25 de febrero de 2.013, desestimatoria del recurso promovido por KSB Itur Spain, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2.011 por la que se resolvía el expediente administrativo S/0185/09. Dicha resolución, en lo que se refiere a la empresa demandante, acordaba lo siguiente:

" **PRIMERO**. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1.a del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde 2004 hasta, al menos, 2009 de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo las siguientes empresas junto con la AEFBF: [...] KSB ITUR SPAIN, S.A. [...].

SEGUNDO. Declarar que el Procedimiento de Calificación para ECIs y el Modelo de Calidad de la AEFBF tal y como han sido formulados contienen cláusulas restrictivas de la competencia y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo las siguientes empresas junto con la AEFBF: KSB ITUR SPAIN, S.A. y, solidariamente, su matriz KSB, A.G. [...].

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones. [...]

- 2.131.900€ KSB ITUR SPAIN, S.A. [...]."



SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 19 de abril de 2.013, ordenando el emplazamiento de los litigantes ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de KSB ITUR Spain, S.A. ha comparecido en forma en fecha 7 de junio de 2.013, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución;

- 2º, que se basa en el apartado 1.c) del mencionado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciéndose indefensión, en concreto, del artículo 24 de la Constitución;

- 3º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los artículos 52, 62, 134 y 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de los artículos 13 y 16 a 20 del Reglamento sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto;

- 4º, que se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y

- 5º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, por infracción de los artículos 127, 129 y 130 de la Ley 30/1992.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se anule íntegramente la impugnada, apreciando íntegramente las peticiones del escrito de demanda y que, en consecuencia, se anule íntegramente la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictada en fecha 24 de junio de 2.011; subsidiariamente, solicita que se anule parcialmente la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se anulen todas aquellas partes de la citada resolución administrativa en las que se imputa responsabilidad solidaria a la sociedad KSB, AG respecto a las infracciones imputadas a KSB Itur Spain, S.A.; subsidiariamente, que se anule parcialmente la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se anule la sanción impuesta o se reduzca de manera significativa, y, también con carácter subsidiario, que se anule la sentencia de instancia, reponiendo las actuaciones al Tribunal de instancia a fin de que éste adopte las medidas que sean oportunas para la práctica del medio de prueba indebidamente denegado a dicha parte.

El recurso ha sido inadmitido en cuanto a su segundo motivo por auto de la Sala de 13 de diciembre de 2.013, que admite los restantes.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que sea desestimado con confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO .- Por providencia de fecha 29 de junio de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 13 de octubre de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil KSB Itur Spain, S.A., impugna en casación la Sentencia de 25 de febrero de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de junio de 2.011, que declaraba que varias empresas, entre las que estaba la recurrente, habían incurrido en dos conductas anticompetitivas: una continuada desde 2.004 hasta al menos 2.009 consistente en intercambios de información y armonización de condiciones comerciales en relación con las **bombas de fluidos**, y otra en la elaboración de un procedimiento de calificación con cláusulas susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios. La sociedad recurrente fue sancionada con una multa de 2.131.900 euros.



El recurso se articula mediante cinco motivos, de los que el segundo fue inadmitido por Auto de esta Sala de 13 de diciembre de 2.013 . De los restantes motivos, el primero se funda en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En él se aduce que la Sentencia incurre en incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a diversas cuestiones planteadas en la demanda contencioso- administrativa.

Los motivos tercero a quinto se amparan en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley procesal , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el tercer motivo se alega la infracción de los artículos 52 , 62 , 134 y 135 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y de los artículos 13 y 16 a 20 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto); dichos preceptos se habrían vulnerado por no haber admitido la Sentencia la caducidad del expediente y por la falta de notificación del procedimiento a la empresa matriz.

El cuarto motivo se basa en la infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), por haber calificado de anticompetitivas las conductas investigadas.

En el quinto y último motivo se alega la infracción de los artículos 127 , 129 y 130 de la citada Ley 30/1992 , en relación con los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad.

SEGUNDO .- Sobre el motivo primero, relativo a la motivación.

La mercantil recurrente funda el primer motivo en que la Sentencia de instancia habría incurrido en una deficiente motivación, con infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución . Así, considera que no se ha motivado debidamente diversas cuestiones relativas a los intercambios de información (como el que se hubieran iniciado supuestamente en noviembre de 2.004 o sobre la existencia de intercambios en el año 2.006), sobre la recomendación de condiciones generales de venta o sobre la segunda infracción imputada a KSB Itur.

El motivo ha de ser rechazado. En reiterada jurisprudencia hemos señalado tanto respecto a la incongruencia omisiva (ausencia de respuesta judicial) como sobre la motivación, que la tutela judicial efectiva se ve satisfecha con una respuesta -que puede ser implícita- respecto de las pretensiones y las alegaciones substanciales en las que se apoyan aquéllas. No puede por tanto calificarse de incongruencia omisiva o de motivación insuficiente el hecho de que no se de contestación específica a todos los argumentos o razonamientos concretos que se expresan por las partes, o que la respuesta no se ajuste al planteamiento o enfoque adoptado por ellas, o difiera en sus conclusiones.

De acuerdo con lo anterior, es preciso rechazar la queja formulada por la parte, que consiste en requerir una respuesta más pormenorizada respecto a determinadas alegaciones relativas a las conductas imputadas. Frente a lo que afirma la recurrente, la motivación sobre las mismas recogida en los fundamentos octavo a decimoprimeros (primera conducta imputada) y decimosegundo (segunda conducta) de la Sentencia recurrida -más el decimotercero que se refiere a ambas conductas- es extensa, razonada y suficiente, por mucho que la parte considere que insuficientes los razonamientos relativos a las cuestiones antes referidas. Su queja responde en realidad a su discrepancia con las apreciaciones fácticas relativas a tales cuestiones expresadas en la Sentencia. Los citados fundamentos se reproducen *infra* en el fundamento de derecho cuarto de esta Sentencia.

TERCERO .- Sobre el motivo tercero, referido a la caducidad y a responsabilidad de la empresa matriz.

El tercer motivo abarca dos infracciones netamente diferenciadas, lo que podría llevar a su inadmisión debido a su errónea formulación, por la infracción del artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción , tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, que requiere formular en motivos separados las infracciones de los preceptos legales y la jurisprudencia que se refieran a cada alegación, al objeto de asegurar una mayor claridad y garantizar el correlativo derecho del resto de las partes a poder comprender y responder con seguridad a las cuestiones planteadas. Sin embargo, en aras de una más plena tutela judicial puede admitirse que los dos apartados 1 y 2 del motivo constituyen en realidad motivos o submotivos separados en los que se plantean cuestiones diferentes.

En el apartado 1 se alega la infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, al no haberse declarado la caducidad del procedimiento por haberse sobrepasado el plazo máximo de instrucción fijado por el Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), en su artículo 28.4 , que establece lo siguiente:

"Artículo 28. *Incoación del expediente* .

[...]

4. El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ."

El motivo está erróneamente formulado, puesto que lo que se aduce en realidad es la infracción del citado precepto, no tanto del principio invocado que hace referencia a la inviabilidad de exceptuar una regla general en un supuesto concreto comprendido en ella; aquí, en cambio, lo que se alega es simplemente que se ha infringido por inaplicación dicho precepto, no que se haya hecho una excepción o que se haya dictado una norma singular *ad hoc* frente a la previsión general contenida en el mismo.

En cualquier caso, tiene razón la Sala de instancia en su respuesta a la alegación de caducidad en los siguientes términos:

" **QUINTO:** Entiende el recurrente que el procedimiento estaba caducado por dos razones: 1) caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el plazo de 12 meses y 2) caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo de 18 meses previsto en la LDC a contar desde el acuerdo de incoación hasta la notificación de la resolución.

Para resolver esta alegación son relevantes los siguientes hechos:

El 16 de septiembre de 2009 se dictó el acuerdo de incoación y el 21 de septiembre de 2010 la Dirección de Investigación procedió al cierre de la fase de instrucción (un total de 12 meses y 5 días).

El 18 de febrero de 2011 (quedando 26 días para la finalización del plazo máximo para resolver) el Consejo acordó la modificación de la calificación jurídica de los hechos concediendo un plazo de 15 días para alegaciones suspendiendo el plazo máximo de procedimiento. El plazo quedó suspendido hasta el 16 de marzo de 2011 conforme al acuerdo del Consejo de 21 de marzo de 2011.

El 21 de marzo de 2011 (quedando 24 días para resolver) el Consejo acordó suspender nuevamente el cómputo del plazo hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información que le había sido previamente remitida o hasta que transcurriera el plazo previsto en el artículo 114.4 del Reglamento (CE) 1/2003.

Por acuerdo de 4 de abril de 2011, el Consejo ordenó la práctica de una serie de pruebas y actuaciones complementarias y acordó *"mantener la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancia la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias"*.

El 16 de mayo de 2011 el Consejo dictó acuerdo sobre valoración de prueba por medio del cual informó expresamente a las partes de la incorporación del resultado de las pruebas practicadas al expediente (folio 13.978) y concedió a los interesados un plazo de diez días para valorar las mismas. Mediante acuerdo de 6 de junio de 2011 el Consejo alzó la suspensión acordada el 4 de abril de 2011, reanudándose, con efectos desde el 4 de junio de 2011, el cómputo del plazo para resolver el expediente administrativo.

a) En cuanto a la caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el plazo de 12 meses. No se cuestiona que se ha superado ese plazo y que la instrucción duró 12 meses y cinco días.

El artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (en adelante LDC 2007) establece que *"El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"*

El artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC 2008) establece que *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio "*.

El artículo 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que *"el transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento"*.

Conforme a estas normas una vez transcurrido el plazo máximo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas sin que haya recaído resolución alguna determinará la caducidad del procedimiento sancionador. El hecho de que la fase de instrucción haya superado en este caso el plazo de instrucción del expediente establecido en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (12 meses) no afecta a la caducidad del



procedimiento ya que el mismo artículo del citado reglamento a continuación establece que sólo la superación del plazo total de 18 meses determina la caducidad del procedimiento y ello en concordancia con lo establecido en el artículo 38.1 de la Ley 15/2007 que establece la consecuencia de la caducidad sólo para el supuesto en que se supere el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente sancionador. La Dirección de Investigación por tanto ha vulnerado una norma reglamentaria, pero esa infracción del plazo de duración de la instrucción no tiene la consecuencia que pretende el recurrente consistente en la caducidad del procedimiento al no estar prevista en la LDC. [...]" (razonamiento jurídico quinto)

En efecto, el citado artículo 28 no asocia la caducidad a la infracción de dicho plazo, a diferencia de lo que se prevé para la del plazo global para dictar y notificar la resolución, por lo que la superación del mismo carece de consecuencias.

En cuanto al segundo submotivo (apartado 2 del motivo), nada tiene que ver con la anterior queja, pues se aduce la conculcación del derecho de defensa de la matriz del grupo empresarial, KSB AG, al declararla responsable solidaria de la segunda infracción sin haber sido parte del procedimiento administrativo ni haberle dirigido notificaciones directas.

La Sentencia impugnada da respuesta a esta queja en los siguientes términos:

" **SEPTIMO:** En cuanto a la indefensión generada a una tercera empresa KSB AG en el presente procedimiento. Considera que se han infringido las normas aplicables a los procedimientos sancionadores en lo referido a la declaración de responsabilidad solidaria de KSB AG respecto a la segunda de las infracciones imputadas a la recurrente KSB ITUR SPAIN SA. Señala que dicha empresa es jurídicamente independiente a la aquí recurrente y no le ha sido notificado ninguno de los actos administrativos relevantes del expediente S/185/09 a fin de que pudiera exponer sus posiciones y defender sus derechos (pliego de cargos, propuesta de resolución y resolución CNC aquí recurrida).

La recurrente no cuestiona que concurren los requisitos fijados en el artículo 61.2 de la LDC 2007 que establece que "A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas" sino que cuestiona que la empresa matriz haya sido sancionada sin ser oída.

Efectivamente como señala el recurrente en derecho español se establece el principio de que nadie puede ser sancionado sin haber tenido la oportunidad de haber sido oído. Ahora bien si resulta que ambas empresas forman una unidad económica y no existe autonomía en el diseño de sus políticas comerciales y actividad y la responsabilidad de la matriz deriva exclusivamente de las actividad realizada por la filial, no puede declararse como pretende el recurrente la nulidad de la resolución recurrida por el hecho de que no se le hayan notificado los sucesivos actos del procedimiento a la sociedad matriz y haber tenido oportunidad de presentar las oportunas alegaciones. En vía administrativa la filial tuvo oportunidad de alegar la no existencia de unidad económica y comercial con su matriz y así consta recogido en la resolución recurrida "(...) e ITUR también manifiestan tener plena autonomía de su matriz en sus políticas comerciales y de diseño de su actividad" (fundamento de derecho cuarto, folio 97 de la resolución recurrida). La CNC desestimó esa alegación haciendo referencia a que el comportamiento económico de KSB ITUR SPAIN SA viene determinado por la matriz KSB AG al controlar el capital social de sociedades intermedias. Ni en vía administrativa ni en este recurso contencioso-administrativo la sociedad filial ha presentado prueba que demostrara una independencia en su política y actividad comercial al objeto de rebatir esa presunción de que la matriz ejerce una influencia decisiva dada la participación en el capital social, por lo que no se aprecia se haya causado indefensión debiendo ser considerada la matriz y la filial una unidad económica a los efectos previstos en la normativa de competencia.

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

(151) Esa jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 274), Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237). " (razonamiento jurídico séptimo)



Tiene razón la Sala de instancia, sin que sea necesario añadir más razones. Recordemos únicamente que ya hemos señalado la misma doctrina en otros recursos relativos a esta misma resolución sancionadora (RC 1.038/2.013), pues la jurisprudencia ya establecida tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por este Tribunal Supremo refiere que, salvo que quede acreditado la autonomía de una empresa perteneciente a un grupo empresarial respecto a su matriz, la actuación de aquélla es imputable a la propia matriz, en la medida en que responden a una misma dirección económica y empresarial. Así, de no mediar circunstancia suficiente de que la conducta de la filial responde a decisiones autónomas desligadas de la matriz, se presupone que ésta tiene pleno conocimiento y responsabilidad por las decisiones económicas y jurídicas de aquélla, pues ambas sociedades responden a una misma dirección y responsabilidad empresarial y económica.

En consecuencia, al no estar acreditada dicha autonomía empresarial y económica en el presente caso resulta conforme a derecho la atribución a la matriz de una responsabilidad solidaria en la conducta infractora. Hay que descartar también que la matriz pueda haber sufrido indefensión, puesto que no resulta verosímil que no fuera perfectamente conocedora de la incoación y desarrollo de un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas contra su filial KSB Itur Spain; en consecuencia, de haberlo entendido conveniente para sus intereses podía haberse personado en el procedimiento o, en todo caso, haber participado en las decisiones adoptadas por su filial a lo largo del procedimiento sancionador.

CUARTO .- Sobre el motivo cuarto, relativo al carácter anticompetitivo de las conductas imputadas.

En el motivo cuarto se alega la infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por entender que las conductas sancionadas no constituían comportamientos anticompetitivos.

La Sentencia justifica el carácter infractor de dichas conductas en los siguientes fundamentos de derechos:

" **OCTAVO**: En relación a la primera conducta imputada que viene referida a la coordinación de condiciones comerciales e intercambio de información sobre incrementos de tarifa, sobre facturación anual (estadísticas de producción) y sobre los precios de los servicios post-venta señala el recurrente en relación a la calificación como infracción única de esa conducta que la CNC ha "metido en el mismo saco" conductas que ni siquiera la DI consideraba relacionadas las unas con las otras.

Así la Dirección de Investigación en la propuesta de resolución imputaba al recurrente una infracción del artículo 1 LDC por una supuesta participación en un cartel en relación con intercambios de información sobre incrementos de precios futuros, políticas salariales y cifras de facturación y su participación en los acuerdos adoptados en relación con los ECIs. La misma resolución imputaba a la AEFBF las mismas dos infracciones y además otras infracciones que sólo se imputaban a esa asociación: 1) el acuerdo para la fijación de políticas de ventas comunes que se tradujo en la aprobación de una recomendación para la redacción de las condiciones generales de venta, 2) un acuerdo para la elaboración de unas estadísticas de producción y 3) los intercambios de información sobre las tarifas hora taller de los servicios post-venta. En cambio la CNC considera la existencia de una infracción única y continuada imputando a las empresas integrantes de la AEFBF conductas que la DI solo consideraba responsable a la AEFBF mediante la calificación de los hechos como una infracción única y continuada (estadísticas elaboradas del año 2008 y recopilación de información sobre precios de servicios de taller) y la coordinación de condiciones comerciales.

Hay que precisar que la CNC está facultada para realizar un cambio de calificación conforme al artículo 51.4 LDC 2007 que establece expresamente "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". El cambio de calificación no sólo afecta a la integración en un determinado tipo sancionador sino que abarca también la modificación de sujeto que se considera responsable de la conducta, por lo que la CNC estaba legalmente autorizada a realizar esa recalificación siempre que de audiencia a los interesados y no se produzca una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos, lo que ha sido respetado en este caso.

Cuestiona el recurrente esa calificación como infracción única y continuada de la conducta integrada por la recomendación de condiciones generales de venta y los intercambios de información. Entiende que no concurren los elementos enumerados por la Audiencia Nacional en la sentencia de 6 de noviembre de 2009 en el que se debatía un caso de conducta anticompetitiva única y continuada. Así señala:

1) La fijación de CGV y el intercambio de información tienen un objeto y motivación distinto.

2) No existe una realización de acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas. Así transcurren 8 meses desde la reunión de 22 de noviembre de 2004 hasta que se vuelve a tocar el tema de la recomendación



de CGV y unos meses más hasta que se publicaron en 2006. En cuanto a los intercambios de información, pasan dos años hasta que se lleva a cabo el primero.

3) No existe unidad de sujeto dado que en cada uno de los intercambios de información participaron distintas empresas y en cuanto a la recomendación de CGV fue un acto singularmente propuesto y ejecutado exclusivamente por la AEFBF

4) No cabe considerar que exista una homogeneidad en el modus operando dado que en cada uno de los casos se utilizaron métodos distintos.

Como señala la sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), asunto T-439/07, (párrafo 142): *"Es preciso señalar que una infracción del artículo 81 CE puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las diferentes acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico y falsean el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec.p. I-123, apartado 258)".*

"(Párrafo 144): También es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, en la medida en que tendría como consecuencia que varios comportamientos contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, relativos a un sector económico, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única. Así, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia BASF y UCB/Comisión citada en el apartado 143 supra, apartados 179 a 181)."

Por lo tanto conforme a la jurisprudencia comunitaria sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), Asunto T-439/07, para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad es decir que *"contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único"*. Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata. En este caso

1) La fijación de CGV y el intercambio de información obedecen al mismo plan común de limitar el poder negociador de los clientes de manera concertada para tratar de imponerles condiciones comerciales. Como señala la CNC desde la reunión de 2004 se trazó un objetivo, restrictivo de la competencia, que las empresas con la colaboración de la AEFBF persiguieron coordinando sus voluntades. Las empresas imputadas se comunicaban y reunían con regularidad para tratar temas y adoptar acuerdos que servían al plan común de unificar condiciones comerciales y fortalecer su posición ante sus clientes de manera concertada. Este propósito se reitera a lo largo de los años e impregna diferentes asuntos que a través del tiempo se van abordando en el seno de la Asociación.

2) Si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no excluye que en determinados casos ese no sea un criterio determinante. En este sentido la sentencia del TGUE de 27 de junio de 2012 anteriormente citada establece (149). *...En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter*



único y continuado (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C-113/04 P, Rec. p. I- 8831, apartado 169). "

3) Existe unidad de sujetos ya que se considera en relación a la recomendación de condiciones generales de venta que fue realizada la conducta anticompetitiva tanto por la asociación como por las personas que lo integran y en cuanto a los intercambios de información participaron todas las empresas, teniendo en cuenta que es suficiente para participar haber recibido la correspondiente información sin haberse opuesto a su recepción. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada). Sentencia de 16 junio 2011 . En el asunto T-240/07, Heineken Nederland/ Comisión "(195) Cabe recordar a este respecto, que según reiterada jurisprudencia, cuando una empresa ha asistido, aun sin desempeñar un papel activo, a una reunión durante la cual se ha evocado una concertación ilícita, se considera que ha participado en dicha concertación, a menos que pruebe que se apartó claramente de ella o que informó a los demás participantes de que tenía intención de asistir a la reunión de que se tratara con una óptica distinta de la suya (véase la sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T- 48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 3199 y jurisprudencia citada)."

4) En cuanto a los métodos empleados son efectivamente distintos (fijación de condiciones comerciales mediante la elaboración y difusión de unas recomendaciones, intercambios de información sobre tarifas, estadísticas y servicio post-venta) pero el hecho de que todos tengan la misma finalidad, permiten calificar todos esos comportamientos como una infracción única, a pesar que constituyan por si mismas y aisladamente consideradas una infracción del artículo 1 de la LDC .

NOVENO: Considera el recurrente que la recomendación de condiciones generales de venta (CGV) no puede ser considerada como un acuerdo contrario a la CNC debido la ausencia de objeto restrictivo de la competencia.

Señala el recurrente que no se puede considerar infringidos los artículos 1.1 LDC y 101 .1 TFUE por una conducta cuyo objeto no puede ser considerado anticompetitivo ya que el objeto de la conducta no era alcanzar un acuerdo para armonizar las condiciones comerciales de sus asociados sino mejorar las condiciones de competencia del mercado mediante la mejora de las condiciones de legalidad. El principal objetivo de la recomendación de las CGV era acabar con los plazos de pago abusivos impuestos por los clientes a los asociados (de hasta 200 días) mediante la aplicación de la Ley 3/2004 que prohíbe la fijación de plazos abusivos. Por lo tanto no se puede considerar que la recomendación hecha por la AEFBF en la recomendación de CGV de no aceptar plazos de pago superiores a 90 días pueda entenderse contrario a la competencia ya que es precisamente lo que establece la Ley 3/2004 en su artículo 9 .

No comparte esta Sala que el principal objetivo de la recomendación de la CGV era acabar con los plazos de pago abusivos ya que las condiciones generales de venta tenían un alcance mucho mayor. Las mismas se recogen en el hecho probado 41 y las mismas abarcaban además de los plazos de pago (no excederá en ningún caso de 90 días fecha factura) las siguientes condiciones: las condiciones de formalización del pedido, el contenido de los precios acordados (no incluye el transporte del producto, ni embalajes especiales, ni el seguro que siempre son a cuenta del comprador) o las condiciones de entrega del producto (tras la carga en el almacén del vendedor el comprador asume toda la responsabilidad del producto, no aceptar en ningún caso el condicionante (el plazo de entrega es esencial, determinación de la penalización en caso de retraso en la entrega por el vendedor: franquicia de 15 días y no deberá sobrepasar el 0,5% semanal hasta un máximo del 50%); la determinación de conceptos a facturar de manera autónoma: el coste del almacenaje en caso de retraso en la recepción del producto que se devengan a partir del 7º día en que se ha comunicado la disponibilidad al comprador y (el de la puesta en marcha del equipo); forma de pago y el importe de las cláusulas de penalización; y las condiciones de la garantía, en particular, su alcance (la responsabilidad del vendedor no excederá del importe del producto que haya dado lugar a la reclamación), no incluirá la mano de obra no cualificada que sea necesaria para el montaje y desmontaje de las **bombas** en obra, duración (12 meses tras su puesta en funcionamiento o 18 meses a partir de su entrega) y plazos para la reclamación (30 días desde la recepción del producto en caso de defectos) así como el importe de los avales durante la vigencia de la misma.

En cuanto a los plazos de pago, señala el recurrente que pretendía acabar con los plazos de pago abusivos mediante la aplicación de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La Ley 3/2004 en la fecha de los hechos establecía en el artículo 4 referido a "Determinación del plazo de pago" 1. "El plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiera pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable y, en su defecto, el establecido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. El plazo de pago, a falta de pacto entre las partes, será el siguiente: a) Treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente" . Por lo tanto se establecía como primer criterio la libertad de pacto y de forma subsidiaria se fijaba un plazo. En las CGV



se contiene una remisión expresa a la Ley 3/2004 pero no en cuanto a los plazos de pago sino en caso de incumplimiento del plazo establecido. Así se señala en el apartado 4 referido a los pagos que "En caso de que el pago no sea atendido en la forma y fecha convenidas se aplicará lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Por lo tanto en relación a los plazos de pago no se ajustaba a lo establecido en la Ley 3/2004 que establecía una libertad de pactos.

Ciertamente esas recomendaciones fueron públicas (se incluyeron en los contratos o en algunos casos se publicitaron en la web del fabricante), pero lo que no fue público es que la adhesión de las empresas asociadas no era voluntaria. Las condiciones generales de venta son lícitas y por tanto las empresas podían individualmente adoptarlas. Lo que reprocha la CNC es que esas condiciones generales de venta no han sido establecidas unilateralmente por una empresa sino de forma colectiva por un grupo de empresas integradas en una asociación con la finalidad de limitar el poder negociador de los clientes de manera concertada para tratar de imponerles unas condiciones comerciales homogéneas.

DECIMO: De forma subsidiaria si se considera que tiene la recomendación un objeto restrictivo de la competencia, alega el recurrente que dicha recomendación estaría amparada por la exención legal prevista en el artículo 1.3 LDC al concurrir las condiciones establecidas en el mismo: 1) contribuye a mejorar la producción y comercialización de bienes y servicios de las empresas afectadas promoviendo asimismo el progreso técnico y económico ya que lo que se pretendía era reducir el nivel de morosidad en las transacciones comerciales y una reducción de los altísimos costes de transacción que conllevan los plazos de pago desorbitados, lo que conlleva a una mejora de la competitividad de las empresas en el mercado. 2) en cuanto al requisito de hacer partícipes a los consumidores y usuarios de las ventajas de forma equitativa una rebaja de la morosidad tendría efecto directo en la situación financiera de las empresas. De esta manera si las empresas mejoran su situación financiera y por tanto sus costes financieros se vería una mejora en los precios y la calidad de los productos. 3) en cuanto al requisito de que no se impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los hechos, la naturaleza misma de la recomendación no vinculante indica que la misma no contiene ninguna restricción ni establece ningún mecanismo de control y seguimiento y de sanción de la falta del mismo 4) En cuanto al requisito de que no debe eliminarse la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, debe entenderse cumplido atendiendo al escasísimo seguimiento demostrado que de la recomendación hicieron los asociados.

El artículo 1.3 LDC 2007 establece que "La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."

Todos los requisitos deben concurrir de forma simultánea y en este caso sin necesidad de entrar a analizar el resto de los requisitos no concurre el previsto en el apartado b) dada que la recomendación en este caso es vinculante. Hace referencia el recurrente al carácter no vinculante de la recomendación, lo que no comparte esta Sala a la vista de los hechos declarados probados en los que se señala que después de la revisión de sus asesores en las se introduce en las condiciones generales de venta la cláusula de cierre: "La inclusión de las cláusulas anteriores por parte de los asociados en las Condiciones de Venta que rigen las relaciones comerciales con sus clientes, que recomienda la Asociación Española de Fabricantes de **Bombas para Fluidos**, es totalmente libre y opcional, de tal forma que cada asociado considerará, en cada caso la oportunidad de su inclusión. Así mismo, esta inclusión podrá integrar la totalidad de las cláusulas o sólo aquellas que consideren procedentes y necesarias". La misma fue suprimida a petición de algunas de las empresas y con el acuerdo de todas porque desvirtuaba la naturaleza y efectividad del objetivo pretendido, cual era fijar unas condiciones de venta. Como consecuencia de ello el texto de las recomendaciones circulado el 15 de marzo de 2006 se eliminó el apartado final referido al carácter dispositivo y no vinculante de las recomendaciones (hecho probado 37 y 41).

Precisamente el carácter voluntario de una recomendación ha sido el criterio que ha tenido en cuenta el Tribunal de Defensa de la Competencia en un supuesto en el que otorgó una autorización singular para la realización de un contrato-tipo de suministro a una asociación en la que también se alegaba que la finalidad de esas condiciones era la misma que alegaron los recurrentes en vía administrativa y en este recurso contencioso-administrativo. Así en la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de junio de 2007 iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular de la Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado (ANEFHOP) para la realización de un contrato-tipo de suministro de hormigón preparado en el que señaló dicha asociación que el objeto de recomendar



la unificación de las condiciones de suministro a sus asociados es su defensa ante el poder económico de la demanda del sector (mucho más concentrada que la atomizada oferta), que lleva a que constructores y grandes contratistas impongan a los fabricantes cláusulas abusivas, sobre todo en lo relativo a las condiciones de pago señaló la CNC *"El establecimiento de un contrato-tipo por parte de asociaciones profesionales no deja de ser una recomendación colectiva y, como tal, se encuentra incursa en el ámbito de aplicación del artículo 1 LDC . Por ello, el Tribunal estima que debe ser excepcional el que se conceda una autorización singular que implique la existencia de un contrato-tipo, por los peligros que entraña para la competencia, por lo que sólo un análisis caso por caso, puede llevar a su concesión. No obstante, en el presente caso hay una serie de factores y circunstancias particulares por las que el mencionado contrato-tipo puede ser autorizable. En primer lugar, se trata de un contrato-tipo que sólo se recomienda y al que la adhesión es voluntaria, de tal forma que se preserva en todo momento la libertad de las partes para adherirse al mismo o negociar otro tipo de condiciones a la vez que no impone condiciones innecesarias. En segundo lugar, las cláusulas que se contienen en el contrato-tipo recomendado no son susceptibles de eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado, dadas las especiales circunstancias de la actividad. En tercer lugar, en la medida que el precitado contrato-tipo recomendado contribuya a eliminar costes de transacción entre las partes, puede redundar en una mayor eficiencia y equidad en las relaciones comerciales y beneficiar a los consumidores"* . En este caso el supuesto de hecho es distinto dado el carácter vinculante de la recomendación y su ámbito no se limitaba a las condiciones de pago.

Por último indicar que las condiciones generales de venta fueron remitidas por correo electrónico a todos los asociados el 25 de enero de 2006, por lo tanto aun no se había aprobado la Ley 15/2007. Durante la vigencia de la ley 16/89 ni la asociación ni ninguno de sus miembros planteó la posibilidad de solicitar una autorización singular a la CNC teniendo en cuenta por otra parte que uno de los asociados WILO el 10 de febrero de 2006 comunicó su baja de la asociación haciendo referencia a que sus servicios jurídicos entendían que ese documento podía vulnerar la normativa vigente sobre prácticas restrictivas de la competencia. Es una vez iniciado el procedimiento sancionador cuando se plantea por las partes la posibilidad de existencia de una exención legal.

DECIMOPRIMERO: En lo que se refiere a los intercambios de información el Consejo considera que forman parte de la misma infracción que la fijación de condiciones generales de venta ya que obedecen al plan común de armonizar estrategias comerciales para mejorar, de manera concertada, la posición negociadora frente a los clientes. Esos intercambios de información se refieren a intercambios de información sobre incrementos de tarifas, sobre facturación anual (estadísticas de producción) y sobre los precios de los servicios post-venta.

En relación a estos intercambios de información señala

1) No existe prueba alguna en todo el expediente de que en noviembre de 2004 se acordara por parte de KSB el intercambio de información confidencial entre competidores. Un mero comentario de un tercer empresario sobre el deseo de que una asociación sea un *"foro de información"* no puede utilizarse como única prueba de la existencia de dicho supuesto acuerdo.

2) No hay prueba de que KSB Itur aportara o recibiera información confidencial sobre sus competidores hasta que a finales de 2008 se compartió de forma informal entre algunas empresas cierta información absolutamente vaga sobre tendencias de modificaciones en el mercado.

3) La información intercambiada no es apta para reducir la incertidumbre del mercado teniendo en cuenta las características del mercado y de la información intercambiada: 1) es agregada. 2) no es comercialmente sensible 3) son datos históricos. Se va a examinar en este fundamento de derecho los argumentos que da para sostener estas afirmaciones.

1) Las dos primeras alegaciones se refieren a la falta de prueba de la existencia de la conducta infractora. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/ Comisión, asunto T- 110/07 al referirse a la carga de la prueba:

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).



(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Dresdner Bank* y otros/ Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], *Aalborg Portland* y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Efectivamente como señala el recurrente la mera declaración de intenciones acordada en la reunión de 22 de noviembre de 2004 referida a convertir la AEFBF en un "auténtico *forum de intercambio de información sobre el sector*" no puede utilizarse como única prueba de la existencia de un intercambio de información que limitaba la competencia ya que podían limitarse esos intercambios futuros a conversaciones sobre cuestiones que no debiliten el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado (No obstante indicar que en la declaración de intenciones se habla también de convertir la asociación en "un grupo con poder de *lobbying*, crear políticas de ventas comunes"). Ahora bien si bien se coincide con el recurrente que esa prueba es insuficiente, hay que indicar que esa no es la única prueba a la que hace referencia la CNC para considerar que se ha cometido la conducta infractora y que consiste en una infracción única integrada por varias conductas (no sólo el intercambio de información sino la coordinación de condiciones comerciales) con un objetivo común de limitar el poder negociador de los clientes de manera concertada para tratar de imponerles condiciones comerciales. El hecho de que esa reunión no constituya en sí misma una prueba que permita considerar suficientemente fundamentada la constatación de la infracción no impide considerarla como fecha de inicio de la infracción tomada en su conjunto teniendo en cuenta que en esa declaración de intenciones se materializó en otras reuniones periódicas realizadas en el marco de la AEFBF que acreditan la existencia de infracción. Así queda acreditada la celebración de 46 reuniones en el seno de la AEFBF desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 13 de abril de 2010 mantenidas por los principales fabricantes y distribuidores de **bombas**. La Dirección de Investigación realiza una detallada descripción de las mismas en el apartado 4.4 del Pliego de Concreción de Hechos y comprende reuniones de la Junta Directiva, de la Asamblea, del grupo de trabajo de fabricantes y de coordinadores. En la Junta Directiva y Asamblea se trataba recurrentemente los temas de admisión de asociados, condiciones generales de ventas, estadísticas y situación del mercado y calificación CEPREVEN para ECIs.

2) Señala que no hay prueba de que KSB Itur aportara o recibiera información confidencial sobre sus competidores hasta que a finales de 2008 se compartió de forma informal entre algunas empresas cierta información absolutamente vaga sobre tendencias de modificaciones en el mercado. En cuanto a los periodos que abarca el intercambio de tarifas se recoge en la resolución recurrida lo siguiente:

El 15 de marzo de 2006, coincidiendo con la celebración de una Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF, 11 empresas presentes en la reunión GRUNDFOS, CAPRARI, ESPA, ITT, ABS, ITUR, IDEAL, WILO, SULZER, ZEDA y MARELLI- intercambiaron información confidencial relativa a las cifras de facturación nacional obtenidas durante el año 2005, los incrementos de los precios realizados y a realizar en el año 2006, indicando las fechas de su entrada en vigor. (HP 42).

En diciembre de 2006 el Director General de la AEFBF circuló por correo los incrementos de precios previstos para 2007 por ITUR, GRUNDFOS, IDEAL, ZEDA, ESPA, DAB y ABS.

En la reunión de coordinadores celebrada en octubre de 2008 GRUNDFOS, AIGUAPRES, CAPRARI, SULZER, ITT, ABS, IDEAL, KRIPSOL, MARELLI, EBARA y ESPA intercambiaron información confidencial relativa a las subidas de los precios previstas para 2009 y la fecha de su entrada en vigor. (HP 68).

En la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF el 3 de febrero de 2009, ESPA, CAPRARI, HIDROTECAR, SULZER, FLOWSERVE, EBARA, STERLING, ABS, ITUR, ITT, IDEAL y MARELLI, intercambiaron información relativa a los resultados obtenidos durante 2008, las previsiones de facturación y la cuantía del incremento de los precios para 2009, así como las cifras de facturación conseguidas durante 2008. (HP 72).

Por lo tanto ITUR estuvo presente en todas esas reuniones salvo en la de octubre de 2008, por lo que no se puede afirmar que era ajeno al contenido de las mismas y por otra parte no consta que se opusiera a los citados intercambios. La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava). Sentencia de 16 junio 2011 en los asuntos acumulados -204/08 y T-212/08, Team Relocations NV precisa cuales son los requisitos que deben concurrir para acreditar la participación de una empresa en una infracción única y continuada



36).....*deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes"* .

3) Alega el recurrente que en este caso los intercambios de información no son anticompetitivos, ya que la información intercambiada no es apta para reducir la incertidumbre en el mercado si atendemos a las características concretas del mercado de **bombas de fluidos** y a las características de la información intercambiada. Así indica que el intercambio de información se habría producido en un mercado notablemente atomizado, internacionalmente abierto y altamente competitivo, caracterizado por un alto nivel de heterogeneidad respecto de las empresas y a los tipos de productos fabricados (en el caso de KSB Itur un 95% son productos bajo pedido no estandarizados) y un elevado poder de negociación en la demanda. La existencia de un importante segmento del mercado caracterizado de productos diseñados caso por caso y cuyo precio no viene referenciado en base a pretarifas sino que se fija caso por caso. Es habitual la concesión de importantísimos descuentos (de hasta el 40 -50%).

Tal como señala el recurrente los intercambios de información no son anticompetitivos per se. Sólo se consideran contrarios a la competencia *"en la medida que debiliten o supriman el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado en que se trate"* . (sentencia TJCE 28 mayo 1998 asunto John Dere contra comisión C-7/95 apartado 90).

En este caso la resolución de la CNC resalta que la fijación de condiciones comerciales es mas factible que la fijación de precios dada las características del mercado (atomizado, no uniformidad del producto y aplicación de importantes descuentos no recogidos en las tarifas publicadas y que describe en el apartado 29 antecedentes de hecho). Como señala el apartado 80 de las directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal del año 2001 *"es mas fácil establecer un resultado colusorio para el precio de un único producto homogéneo que para muchos precios en un mercado con muchos productos diferentes. Sin embargo, es posible que, para eludir las dificultades de llegar a un resultado colusorio para un gran número de precios, las empresas puedan intercambiar información para establecer normas simples de fijación de precios (por ejemplo, umbrales de precio)"* . En este caso el intercambio de información se produce en términos tales que teniendo en cuenta las características del mercado (falta de heterogeneidad del producto fabricado) pueda permitir conocer la estrategia comercial de los otros competidores reduciendo la incertidumbre ligada al proceso competitivo. Por ello las cifras de incrementos de precio se referían al aumento generalizado de los precios de cada empresa sin especificar el incremento que se iba a aplicar a cada tipo de **bomba** fabricado por cada empresa, precisamente

Señala el recurrente que la información intercambiada no es apta para reducir la incertidumbre del mercado porque es agregada. La primera precisión que hay que realizar es que se entiende por información agregada. El recurrente entiende que información agregada se refiere al aumento generalizado de precios sin especificar el incremento que se va a aplicar a cada tipo de **bomba** fabricado por cada empresa. Ahora bien hay que tener en cuenta que según el apartado 89 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal los datos agregados son aquellos que dificultan el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa y que no permitan conocer e identificar a las empresas concretas que proporcionan la información y revelar de ese modo su estrategia comercial. No es lo que sucede en este caso en que el intercambio de información se refiere a los concretos incrementos de precio que iba a aplicar cada empresa y que se recoge en un listado de dos columnas en una se identifica a la empresa y en la otra el incremento de precio que ha aplicado o que pretende aplicar con carácter general a todos sus productos. Esa información si es comercialmente sensible y ello por las siguientes razones que recoge la CNC 1) con el mismo grado de agregación se anuncia el incremento de precios a los clientes. 2) constan en el expediente algunos ejemplos de comunicación de los incrementos de precios entre la filial y la matriz en los que se observa, que tales datos también se comunican en términos agregados (folios 11039-11046) y cuando se dan desglosados por productos se observa que la subida es la misma en todos los casos. 3) aunque sea una variable agregada no deja de constituir un mecanismo de señalización acerca de cómo de *"agresiva"* se muestra una empresa en su política de precios frente a los clientes. 4) puede permitir diseñar políticas más selectivas y rentables de precios: elevar los precios de tarifa con carácter general a los clientes y aumentar los descuentos en aquellos contratos que están más expuestos a la competencia.

Añade que la información no es comercialmente sensible cuando la propia CNC no cuestiona en la resolución que la información relativa a los precios prefijados era fácilmente accesible en el mercado por varios medios como a través de clientes, de la web de los fabricantes de **bombas** directamente o por medio de los catálogos de precios disponibles en las ferias comerciales. No se comparte este criterio ya que si bien esa información pudiera ser accesible en el mercado, el coste de acceso es mucho mayor ya que no es lo mismo conocer de primera mano la estrategia que van a seguir los competidores que tener que llevar a cabo un seguimiento



sobre su comportamiento a través de los clientes, o mediante la obtención del catálogo de precios en las ferias comerciales. Por otra parte no es suficiente tener el catalogo de un año sino que es necesario tener el de los anteriores y sucesivos periodos para poder comparar si existe una estrategia comercial de incremento de precios. Como señala el apartado 92 de las Directrices de Cooperación Horizontal año 2001 "la *información verdaderamente publica es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente (en términos de costes de acceso). Para que la información sea verdaderamente pública, su obtención no debe ser más costosa para los compradores y las empresas no participantes en el sistema de intercambio que para las empresas que intercambian información. Por el contrario, aunque los datos intercambiados entre competidores sean lo que se suele denominar "de dominio público" no serán verdaderamente públicos si los costes de la obtención de datos disuaden a otras empresas y a los consumidores de conseguirlos. La posibilidad de obtener información en el mercado, por ejemplo, de los clientes, no significa necesariamente que esa información consista en datos comerciales fácilmente accesible para los competidores*". A ello hay que añadir que algunas empresas propiamente no tienen un catalogo de tarifas al realizar su producto a medida teniendo en cuenta las características específicas del producto solicitado, por lo que en esos casos es difícil conocer cual es la estrategia de esa empresa al no poder comparar el precio de un mismo producto en distintos años.

Señala el recurrente que salvo en el supuesto intercambio de proyecciones de incrementos de tarifas para 2009, las partes nunca intercambiaron información que no fuese histórica señalando que el apartado 90 de las Directrices establece que "No es probable que el intercambio de datos históricos dé lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".

En cuanto a los periodos que abarca el intercambio de tarifas ya hemos hecho referencia en el apartado anterior al analizar la participación de ITUR. No se considera que los datos suministrados referidos a incrementos de tarifas se refieran a datos históricos por cuanto el intercambio de información referido al incremento de precios de un año se facilito al final del año anterior (incremento de 2007 se intercambiaron en diciembre de 2006, el incremento de precios de 2009 se intercambió en octubre de 2008) o en el primer trimestre del año en curso (incremento de 2006 se intercambio en marzo de 2006). No consta documentado intercambio de información sobre incremento de precios ni en el año 2005 ni 2008 ya que solo se hace referencia a que hubo en esos años intercambio de información relativo a los resultados obtenidos (y consta en la resolución que esa información era relevante para proceder al cálculo de las cuotas, (hecho probado 36) Por lo tanto en los años que se considera acreditados que hubo intercambio de información sobre incrementos de precio la misma no era de datos históricos.

DECIMOSEGUNDO: Procede examinar la segunda conducta sancionada, es decir los acuerdos relativos a las equipos contra incendios (ECIs) adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la asociación Española de Fabricantes de **Bombas de Fluidos** (AEFBF) con la participación de esta. La CNC considera que el Procedimiento de Calificación y el Modelo de Calidad de la AEFBF (se resume en el hecho probado 103 y al que vamos a denominar PCMC) tal y como han sido formulados, contiene ciertas cláusulas restrictivas de la competencia o que no se justifican por la adopción de un estándar de calidad y que vienen referidas a 1) la interpretación de normas que en caso de que no sea resuelta por el Organismo emisor de la Norma será resuelta por los técnicos de la AEFBF 2) alcance del suministro (se unifican criterios sobre los componentes que deben integrar los equipos según una plantilla que consta en el expediente, y se acuerda que los servicios de puesta en marcha se deben facturar y especificar de forma independiente) y 3) existen factores no explícitos que ponen en riesgo el acceso efectivo en condiciones justas, razonables y no discriminatorias derivadas de los siguientes factores: la composición del comité de calificación, el hecho de que los criterios técnicos para evaluar la calidad de una empresa son indeterminados, el procedimiento de adopción del estándar no ha sido transparente y otra serie de factores que hacen que aunque las cláusulas no sean vinculantes se conviertan en un estándar de hecho cuyos efectos se aproximan mucho a los de una norma vinculante. Considera la CNC que esos acuerdos son susceptibles de generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado de equipos contra incendios por lo que, en esos términos, deben ser declarados prohibidos de acuerdo con el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. Considera que la duración de la conducta se extiende con carácter general desde mayo de 2005 hasta febrero de 2009, cuando se aprueba el Modelo de Calidad por las empresas.

Alega el recurrente que el PCMC no es contrario a la normativa de la competencia y ello por las siguientes razones: 1) los actos preparatorios del PSCV no suponen un acuerdo a los efectos del derecho de la competencia, 2) en caso de considerarse que existe un acuerdo el PCMC no infringe la normativa sobre competencia ya que cumple con todos los requisitos de las Directrices Horizontales de la Comisión Europea 3). En caso de considerarse que no cumple con los principios de las Directrices Horizontales el PCMC se beneficiaría de la exención de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.



Alega el recurrente en primer lugar que es necesario para que exista un acuerdo a efectos del derecho de la competencia que quede acreditado una concordancia de voluntades en relación a la puesta en marcha del PCMC y en este caso no se ha producido por lo que sólo existen actos preparatorios que no constituyen infracción. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada). Sentencia de 16 junio 2011 En el asunto T- 240/07 , Heineken Nederland/ Comisión "(45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE), apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)". Por lo tanto no es necesario para considerar la existencia de una infracción que se hubiera alcanzado un acuerdo sobre los elementos específicos del acuerdo y se acordara ponerlo en práctica sino que es suficiente la existencia de reuniones en las que las empresas manifestaron su intención de alcanzar un acuerdo contrario a la competencia. Así señala la resolución recurrida que como manifiesta la DI, en el expediente ha quedado acreditado que, sin perjuicio de que pudieran perseguir otros, un objetivo de las empresas al trazar este sistema de calificación era el de establecer ciertas barreras a la entrada a determinados competidores reales o potenciales. Las manifestaciones de las empresas a lo largo del período de gestión del proyecto lo ponen de relieve. No se puede argumentar que este deseo de restringir la entrada responda a razones de seguridad porque para ello existe una normativa de cuya aplicación son responsables los organismos competentes. Por otro lado desde la reunión de mayo de 2005 en Valencia, quedan patentes las razones económicas y de control de precios que esta iniciativa encerraba. Así consta que en dicha reunión de Valencia de mayo de 2005 a la que asistió entre otras ITUR en la que debaten cuestiones relativas a la situación del sector y a aspectos comerciales relacionados con costes, precios y márgenes. Se habló de "concertar acciones tanto económicas como técnicas para, por un lado mejorar los resultados y por otro (no menos importante) protegerse de una competencia, que atraídos por la importantedemanda, no cumpliera los requisitos comentados" (HP 76). En este marco se apunta la idea de promover un procedimiento de calificación o certificación, de que las ofertas reflejaran el alcance del suministro o darse a conocer mutuamente las tarifas de ECIs. El hecho de que no se pusiera en marcha el modelo no significa que no existiera acuerdo ya que durante todo este periodo las empresas se han coordinado y han ido alcanzando acuerdos sobre el Modelo, algunos de los cuáles, como los relativos a la Puesta en Marcha, suponen la fijación de condiciones comerciales. Por otro lado, hay que tener presente que la razón aparente de que esta iniciativa no se perfeccionara radica en el hecho de que la DI realizó las inspecciones. No obstante a la hora de valorar el alcance de la infracción se tiene en cuenta que el Procedimiento de Calificación no se ha implementado y tampoco se ha acreditado que las empresas hayan aplicado los acuerdos respecto a la interpretación de normas, al alcance del suministro y la puesta en marcha.

Señala el recurrente que en caso de que se considerase que existe un acuerdo el PCMC no infringe la normativa sobre competencia a la luz de las Directrices Horizontales y ello por lo siguiente:

- a) El proceso de creación del Modelo de Calidad ha estado abierto en todo momento, a todas las empresas fabricantes de ECIs del mercado ya que tras haber sido presentado públicamente en la feria SICUR hubo empresas que no estaban asociadas a la AEFBF que tras haber mostrado su interés en el PCMC participaron en la redacción del modelo de calidad. No hay prueba alguna de que la AEFBF evitara que empresas del sector ajenas a la AEFBF no pudiesen participar en la selección del estándar.
- b) Transparencia del proceso de adopción del estándar. Cuando ya se estaba trabajando en el desarrollo del posible modelo de calidad con CEPREVEN hizo una presentación del proyecto en la feria SICUR que tuvo lugar el 27 de febrero de 2008 y a las que asisten todos los operadores del mercado independientemente de su afiliación a la AEFBF.
- c) Voluntariedad del modelo.
- d) Las condiciones de acceso son justas, razonables y no discriminatorias.

No se discute que los acuerdos de estandarización que no contienen ninguna obligación de cumplir el estándar y proporcionan acceso a éste en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, no restringen la competencia. Esos son los elementos relevantes para determinar si los acuerdos de estandarización restringen o no la competencia. Ciertamente tal como señala el recurrente no hay prueba alguna de que la AEFBF evitara que empresas del sector ajenas a la AEFBF no pudiesen participar en la selección del estándar y por otra parte consta que ese modelo se presentó en una feria del sector. Por otra parte la propia CNC reconoce que el proyecto no presenta cláusulas que explícitamente excluyan a competidores reales o potenciales. Ahora bien lo que se cuestiona es que el sistema permita de manera efectiva el acceso en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, criterios que esta Sala comparte y ello por las razones siguientes:



1) La composición efectiva del comité de calificación (que es quien examina las solicitudes y propone al CEPREVEN la aceptación, modificación o denegación de la calificación). Se prevé que se considerará constituido por al menos 6 miembros y que sus decisiones se adoptarán por mayoría simple, por lo que los representantes del sector de los fabricantes podrían tener un poder de veto en la toma de decisiones.

2) El procedimiento de calificación no contempla ningún tipo de protocolo explícito que impida o restrinja a los fabricantes presentes en el Comité de la calificación el acceso a información estratégica de aquellos competidores presentes o potenciales que quieran acceder a la calificación. Afirma el recurrente que el procedimiento de calificación es anónimo pero lo que reprocha la CNC es que no se recoja expresamente en el procedimiento de calificación esas cautelas que afirma el recurrente que se adoptan en la práctica.

3) La indeterminación de los criterios para la calificación. Así en cuanto a las condiciones que deben cumplir la empresa peticionaria para la obtención de la calificación en el procedimiento de calificación (hecho probado 103) se establece que: dispondrá de equipos humanos y materiales "en condiciones que se considerensatisfactorias", dispondrá de un servicio "competente" de post-venta, dispondrá de un stock "suficiente", demostrará "competencia" en el diseño, fabricación y ensamblaje. Afirma el recurrente que se trata de un borrador pero ello queda contradicho por los hechos probados en los que se constata que el Modelo fue aprobado. Tal como se recoge en el hecho probado (101) de la resolución recurrida: "De acuerdo con el correo electrónico remitido por el Director de Marketing de ITUR al resto de fabricantes y al Director General de la AEFBF enviado el 27 de febrero de 2009, con el Asunto CL16-Modelo de Calidad de la AEFBF (folio 666 y 667) finalmente y ante la aquiescencia de ITT, KRIPSOL (5275), ESPA, IDEAL (5255) e ITUR y la ausencia de observaciones por parte del resto de fabricantes de ECIs, el Modelo de Calidad de la AEFBF para Empresas Fabricantes de Equipos de Bombeo Contra Incendios (ECIs), quedó definitivamente aprobado en febrero de 2009"

. Lo que se produjo posteriormente es un aplazamiento de su puesta en marcha como consecuencia del inicio de este expediente sancionador. Así se recoge en el hecho probado 105. "En la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de 13 de abril de 2010, el Director General comunicó al resto de asociados la solicitud en nombre de los fabricantes de ECIs asociados al organismo calificador para el aplazamiento de la puesta en funcionamiento del acuerdo firmado (folios 5780 a 5782): "El Director General informa del Burofax enviado a CEPREVEN, en el que sesolicita de éste, un aplazamiento de la puesta en funcionamiento del Acuerdo firmado entre la Asociación y CEPREVEN sobre Calificación de equipos contraincendios, hasta obtener respuesta sobre este tema por parte de la Comisión Nacional de la Competencia ya que en el Expediente Sancionador abierto a la Asociación, se encuentra documentación referente a éste tema. No hay respuesta al respecto por parte de CEPREVEN."

Por otra parte pone de relieve la existencia de factores que determinan que aunque el modelo no sea vinculante, estas cláusulas se conviertan en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de una norma vinculante y que son los siguientes:

1) El acuerdo viene promovido por los principales fabricantes de **bombas** para equipos contra incendios en España (277 de las Directrices sobre Acuerdos Horizontales). Pese a que CEPREVEN afirma que existen otros órganos de certificación/calificación, resulta improbable que surja otro estándar voluntario alternativo al que pretende implantar la AEFBF.

2) CEPREVEN tiene una estrecha relación con el sector asegurador. Ello puede facilitar la implantación del distintivo de calidad CEPREVEN y hacer que sea un elemento de diferenciación que las aseguradoras soliciten. Este hecho podría relativizar el carácter voluntario de la calificación y hacer de ella un elemento competitivo importante.

3) Se trata de una calificación que se presenta envuelta en argumentos de seguridad. Como dice las Directrices sobre Acuerdos Horizontales, en estos casos en que la seguridad del consumidor es esencial... "Como a los consumidores les resulta difícil valorar claramente todos estos elementos, tienden a preferir las prácticas más extendidas y las cláusulas estándar relativas a estos elementos pueden convertirse en una norma defacto que las empresas deberán cumplir para vender en el mercado."

Solicita el recurrente que en caso de considerarse que no se cumple con los principios de las Directrices horizontales, el PCMC se beneficiaría de la exención de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE y ello por lo siguiente:

a) Ha quedado acreditado que el PCMC contribuyen a mejorar la producción y comercialización de bienes y servicios de las empresas afectadas. La falta de control administrativo en relación con la aplicación de las normas poco claras que deben cumplir los ECIs vendidos en el mercado conllevaron la entrada y suministro descontrolado en el mercado de productos que no cumplían con la normativa aplicable. Si se cumpliese el objeto del PCMC deberían mejorarse sin duda las condiciones de distribución y de producción de ECIs al aportarse claridad en cuanto a las normas que deben cumplir, mejorándose el nivel de seguridad de los mismos.



b) En cuanto a hacer partícipes a los consumidores o usuarios de las ventajas de forma equitativa atendiendo a la naturaleza misma de los productos y su función en relación a la seguridad para las personas y los bienes económicos, no puede negarse el interés privado y público del PSCV y los beneficios, en términos de mayores garantías que aportaría en caso de ser aprobado e implementado.

c) En relación al requisito de no imponer restricciones que no sean indispensables para la consecución de los hechos el PCMC es un sistema de certificación voluntario en el mercado por lo que ninguna empresa está obligada a participar en el mismo. Por otro lado el modelo de calidad y de las normas del procedimiento de certificación derivan de la interpretación de las normas aplicables al sector y de modelos facilitados por CEPREVEN respectivamente y aplicados en muchos modelos de calificación que nunca han sido considerados como contrarios a la normativa de la competencia.

d) Finalmente en cuanto a no debe eliminarse la competencia respecto de una parte sustancial del mercado si bien no hay pruebas de sus efectos en el mercado, no ha quedado demostrado que al tratarse de un sistema de certificación que lo que hace es interpretar las normas aplicables a los ECIs y en el cual pueden participar todas las empresas que lo deseen independientemente de su afiliación a la AEFBF o no, no es posible que el PCMC elimine la competencia en el mercado.

No se constata que el Procedimiento de Calificación y el Modelo de Calidad (PCMC) tal y como ha sido acordado por los fabricantes de ECIS genere unos supuestos beneficios para el cliente que contrarresten los riesgos que se derivan para la competencia y ello por lo siguiente 1) el procedimiento implantado es de calificación de empresas y no de certificación de productos, por lo que la calificación no sustituye a los verdaderos estándares y normas obligatorias que regulan la fabricación y comercialización de ECIs. 2) la existencia de factores que determinan que aunque el modelo no sea vinculante, estas cláusulas se conviertan en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de una norma vinculante 3) Existe el riesgo de que la homogeneización del producto redunde en una reducción de la diferenciación horizontal y vertical de producto dentro del margen que las normas permiten.

DECIMOTERCERO: Considera que sólo debe declararse responsable a la AEFBF de la conductas imputadas ya que es en el seno de la AEFBF donde se han desarrollado las iniciativas sobre intercambio de información, estadísticas de mercado y recomendación de condiciones generales de venta y el proyecto de sistema de calificación voluntaria de fabricantes limitándose ITUR a participar en las reuniones convocadas por la AEFBF en cuyo seno se han debatido las cuestiones aquí analizadas. Señala que la responsabilidad exclusiva de las asociaciones ha sido confirmada por la CNC en numerosos expedientes sancionadores muchos de ellos citados en la propia Guía para Asociaciones Empresarial. Tal como señala el Abogado del Estado se trata de un acuerdo entre empresas realizado con la colaboración de la AEFBF. La Asociación es el marco en el que se desarrolla la cooperación entre las empresas facilitándola y en ocasiones impulsándola siendo la iniciativa empresarial, partiendo las propuestas, proyectos enmiendas, los datos económicos de las asociadas." (razonamientos jurídicos octavo a decimotercero)

Los argumentos expuestos en el motivo no desvirtúan las apreciaciones que se acaban de transcribir. Las razones expuestas por la recurrente expresan una diferente valoración de los intercambios de información que la mantenida por la Sentencia como una infracción continuada de actuaciones anticompetitivas, que esta Sala comparte. Frente a una de las alegaciones formuladas en el motivo, hay que reiterar que la falta de constatación de alineamiento de precios no significa que las conductas sancionadas no hubieran reducido la incertidumbre respecto al comportamiento de los competidores o, como mínimo, que no fuesen susceptible de hacerlo. El intercambio de información comercialmente relevante entre competidores cuenta sin duda con una presunción de anticompetitividad, en la medida que el conocimiento de tales datos respecto a los competidores permite adoptar estrategias menos inseguras en cuanto a sus efectos. Y los argumentos de la parte en modo alguno desvirtúan la idoneidad de las conductas sancionadas para reducir la incertidumbre del comportamiento de los competidores en un mercado abierto.

La misma discrepancia valorativa se observa en las alegaciones relativas a la segunda conducta sancionada, sin que las razones expuestas por la recurrente, como las analizadas en torno a la finalidad de dichas actuaciones (combatir comportamientos abusivos por parte de determinados clientes) o sobre sus efectos desvirtúen las reflejadas en la Sentencia, que también son compartidas por esta Sala de casación.

QUINTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

De nuevo el motivo contiene alegaciones que debían haber sido formuladas en motivos separados para evitar una argumentación global y reiterativa sobre el carácter infractor de las conductas sancionadas. En cualquier caso, la invocación a los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad no hacen sino reiterar argumentos ya

expuestos en el motivo anterior y que hay que considerar rechazables por las mismas razones ya expresadas en el anterior fundamento de derecho.

En lo que respecta en concreto a determinadas afirmaciones mantenidas por la recurrente en relación con el principio de culpabilidad, ha de añadirse tan sólo que una conducta en la que participan tanto una asociación de empresas, que tiene personalidad propia diferenciada de sus miembros y que cuenta con sus propios órganos directivos, como las propias empresas en cuanto tales, permite imputar y sancionar tanto a aquélla como a éstas, puesto se trata de sujetos distintos responsables individualmente de sus propias decisiones. Y de los fundamentos en los que la Sentencia impugnada en los que se sostiene la participación tanto de la AEFBF como de la mercantil recurrente y resto de empresas se deduce que todas ellas participaron y colaboraron en las conductas sancionadas.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad, la Sentencia impugnada afirma lo siguiente:

" **DECIMOCUARTO:** Subsidiariamente considera que la sanción impuesta a KSB ITUR es claramente desproporcionada.

En este caso la CNC ha aplicado la comunicación sobre la cuantificación de las sanciones.

En relación al cálculo de la sanción por la primera conducta referida a los **bombas** hidráulicas, el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 3% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo (volumen de negocios total en la comercialización de **bombas** hidráulicas). Para el cálculo del volumen de ventas afectado ha tenido en cuenta la facturación de **bombas** hidráulicas de cada empresa durante los ejercicios en que se le imputa la infracción. Para graduar la sanción ha valorado que las empresas han ejecutado la conducta: han alcanzado acuerdos y han implementado mecanismos de seguimiento si bien considera que no se han acreditado los efectos (al respecto señala que lo que se argumenta en la sección del análisis de los efectos de la Propuesta de Resolución no deja de ser el razonamiento sobre la aptitud de la conducta para tener efectos, pero no un análisis de los efectos de la misma basado en parámetros y variables observables). No ha aplicado a la recurrente ninguna circunstancia agravante ni atenuante. La sanción impuesta a la recurrente ha sido de 1.829.000 euros

En relación al cálculo de la sanción por la segunda conducta (equipos de incendio) el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 1% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo (equipos de incendios). Para graduar la sanción se ha tenido en cuenta que la coordinación entre empresas competidoras ha tenido lugar a lo largo del tiempo y ha resultado en acuerdos que, o bien no se han ejecutado (procedimiento de calificación) o si lo han hecho no se ha acreditado dicha ejecución (facturación de la puesta en marcha como concepto independiente). El importe de la sanción es el caso de KSB Itur es de 33.500 euros.

El recurrente plantea las siguientes cuestiones en relación a la graduación de la sanción.

- 1) La CNC no ha valorado correctamente la duración de las conductas sancionadas.
- 2) No valoración adecuada de la ausencia de efectos y el hecho de que los intercambios de información se hayan producido con anterioridad al cambio de criterio jurisprudencial y de la Comisión Europea (Directrices de principios de 2011) que han servido de base a la CNC para valorar la gravedad de los intercambios de información por sí mismos, con independencia de sus posibles efectos en el mercado.
- 3) Su participación en los hechos sancionados ha sido menor.
- 4) Desproporcionado importe de la sanción teniendo en cuenta el importe global de las multas con otros supuestos y su situación financiera.

Considera el recurrente que CNC no ha valorado correctamente la duración de las conductas sancionadas. Así señala que a) En relación con la infracción del artículo 1 LDC y 101 TFUE por supuestos intercambios de información y supuesta fijación de condiciones comerciales no puede admitirse que dicha conducta se inició el la reunión de 22 de noviembre de 2004. Considera KSB que el cómputo de dicha conducta debería considerarse iniciado a finales de 2008, fecha del único intercambio de posible información confidencial. En cuanto a la recomendación de CGV debe apuntarse que la primera vez que circuló un borrador fue el 25 de enero de 2006. b) En cuanto al PSCV de las ECIs no cabe imputar la responsabilidad desde mayo de 2005. Entiende KSB que la fecha a partir de la cual cabría imputar la responsabilidad, atendiendo al proceso lógico que sigue la CNC debería ser como muy pronto en febrero de 2009, cuando se aprobó el modelo de calidad de la AEFBF que recogía los acuerdos sancionados.

Como hemos señalado antes la infracción imputada es única y continuada y está integrada por una pluralidad de conductas que no se desarrollan todas durante el mismo espacio temporal pero todas obedecen a una idea



común de coordinación para homogeneizar o intercambiar variables que suponen parte del coste efectivo de la transacción y por tanto procede situar la fecha de inicio de la infracción tomada en su conjunto en el momento en que se inician actuaciones para conseguir esa finalidad. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada). Sentencia de 16 junio 2011 . En el asunto T-240/07, Heineken Nederland/ Comisión "(45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE), apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)". Por tanto se considera correcto considerar como fecha de inicio la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2004 por fabricantes y empresas comerciales españolas de **Bombas** de Líquidos y Gases en la que "se propone convertir la asociación en un auténtico forum de intercambio de información sobre el sector, convertirla en un grupo con poder de lobbying, crear políticas de ventas comunes" realizándose actuaciones a partir de esa fecha espaciadas en el tiempo tendentes a conseguir ese objetivo. En relación con la segunda conducta referente a los equipos de bombeo, se considera correcto considerar como fecha de inicio en mayo de 2005 al ser esta la fecha en que está documentada la primera reunión en la que se apunta la idea de promover un procedimiento de calificación o certificación, que se fue abordando en las sucesivas reuniones de la Asamblea General y en la Comisión de fabricantes de ECIs pertenecientes a la Asociación que impulsó los trabajos de los que se mantuvo informada al resto de los fabricantes a través de la Asociación.

En cuanto a la ausencia de acreditación de efectos negativos ya lo ha tenido en cuenta la CNC expresamente al graduar la sanción y que le ha llevado a fijar como porcentaje a aplicar sobre el volumen de negocios afectado por la infracción en el período en un 3% para la primera conducta y de 1% para la segunda conducta. Por lo tanto el cambio jurisprudencial que alega para obtener una reducción de la multa por la ausencia de efectos en nada incide en este recurso ya que se ha tenido en cuenta expresamente por la CNC para graduar la misma.

"En cuanto a su menor participación en los hechos imputados. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 en el asunto T-384/06 , IBP Ltd/ Comisión.

(56) Además, puede considerarse a una empresa responsable de una práctica colusoria global aunque se haya demostrado que sólo ha participado directamente en uno o varios de los elementos constitutivos de esa práctica colusoria, siempre que supiera, o debiera necesariamente saber, por una parte, que la práctica colusoria en la que participó se inscribía en un plan global y, por otra parte, que ese plan global abarcaba todos los elementos constitutivos de la práctica colusoria. Del mismo modo, una empresa que haya participado en una infracción única y compleja, mediante comportamientos propios que pretendieran contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede ser también responsable de los comportamientos de aplicación por otras empresas en relación con la misma infracción durante todo el período de su participación en ésta. Así ocurre cuando se demuestra que la empresa de que se trate conocía los comportamientos ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 203).

(61) Por último, según reiterada jurisprudencia, a falta de un distanciamiento explícito, la Comisión puede considerar que no se ha puesto fin a la infracción (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C-510/06 P, Rec. p. I-1843, apartados 119 y siguientes, y la jurisprudencia allí citada)"

Compara asimismo las multas impuestas en otros asuntos y señala que el importe conjunto de las multas es de los más elevados de autoridad española e la competencia no siendo el término de comparación homogéneo dadas las circunstancias particulares de cada uno de los supuestos. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 junio 2011) en el asunto T-240/07 , Heineken Nederland. "(347) el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que decisiones relativas a otros asuntos únicamente tienen carácter indicativo en lo referente a la posible existencia de una discriminación, ya que resulta poco probable que las circunstancias que caracterizaban tales decisiones -como puedan ser los correspondientes mercados, productos, empresas y períodos- sean idénticas (véase la sentencia Erste Group Bank y otros/Comisión [TJCE 2009, 291], citada en el anterior apartado 314, apartado 233, y la jurisprudencia citada) . En este caso el alto importe global de la multa impuesta se explica por el elevado número de empresas que ha participado en el cartel siendo el porcentaje sobre el que se ha calculado el importe básico de la sanción de los menores aplicados por la CNC (1% y 3%).

Señala que la multa es desproporcionada siendo superior al resultado del último ejercicio económico de la empresa cerrado en el año 2010 que aunque no pueda causar la desaparición de la empresa su ejecución colocaría a KSB Itur en una situación económicamente muy delicada. Pretende el recurrente en definitiva que se minore el importe de la multa teniendo en cuenta su situación financiera deficitaria. El artículo 35



de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35) establece que *"En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor"* .

En derecho español a diferencia del derecho comunitario no existe un precepto similar pero ello no impide a juicio de esta Sala que la CNC esté facultada para reducir una multa si existen pruebas objetivas de que la imposición de una multa, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor. En este sentido el artículo 64 LDC 2007 aunque no establece expresamente como circunstancia atenuante la incapacidad contributiva de la empresa, no contiene un número clausus de circunstancias a considerar. Por otra parte el apartado cuarto de la comunicación de cuantificación de las sanciones establece en el apartado cuarto la facultad de la CNC de aplicar otros criterios de cuantificación de las multas de forma motivada, por lo que no le está vedado a la CNC realizar reducciones de multa teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ello acorde con el principio de proporcionalidad que con carácter general debe aplicarse en la imposición de multas.

Ahora bien la reducción de las multas por la situación financiera deficitaria de una empresa constituye una facultad y no una obligación de la Comisión. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) *"(238) procede recordar que la jurisprudencia reiterada citada en el apartado 186 anterior, según la cual la Comisión no esta obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa al determinar el importe de la multa, no significa que no pueda hacerlo (sentencia Carbone-Lorraine/Comisión, [TJCE 2008, 222] citada en el apartado 58 supra, apartado 314). En efecto, la necesidad de observar el principio de proporcionalidad puede oponerse a la imposición de una multa que vaya más allá de lo que constituye una sanción apropiada de la infracción declarada y que podría poner en peligro la propia existencia de la empresa afectada. Ello resulta aún más cierto habida cuenta de que la desaparición de una empresa del mercado controvertido tendrá necesariamente un efecto nocivo para la competencia."*

En estos casos citados por el recurrente lo que ha hecho la Comisión es aplicar el artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35 que establece que *"En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor"* .

El apartado 35 ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas: análisis de estados financieros de los últimos años, las previsiones del ejercicio y los futuros, coeficientes que miden la solidez financiera, la rentabilidad, la solvencia, la liquidez. (Decisiones de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 2009, asunto COMP/38589, termoestabilizadores, de 20 de julio de 2010 asunto COMP/38866 fosfatos para piensos, de 23 de junio de 2010 asunto COMP/ 39092, bathroom&mixtures de 30 de junio de 2010 asunto acero de pretensado COMP/38344). Su aplicación además de la solicitud del interesado requiere la concurrencia de los siguientes requisitos 1) existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que en el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende 2) el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos serán causados por el pago de la multa y no por otros factores 3) conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos. La prueba corresponde aportarla a la interesada.

Respecto al alcance del apartado 35 se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea en sentencia de 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) en el que señala

"(189) De ello se desprende que el mero hecho de que la imposición de una multa por haber infringido las normas sobre competencia pueda provocar la situación concursal de la empresa de que se trate no basta para la aplicación del apartado 35 de las Directrices (LCEur 2003, 1). En efecto, de la jurisprudencia citada en el



apartado 187 anterior resulta que, si bien el concurso de una empresa perjudica a los intereses financieros de los propietarios o de los accionistas afectados, ello no significa necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Ésta puede continuar a existir como tal, ya sea, en caso de recapitalización de la sociedad declarada en concurso de acreedores, como persona moral que garantiza la explotación de dicha empresa, o, en caso de adquisición global de los elementos de su activo, y en consecuencia, de la empresa como entidad que ejerce una actividad económica, por otra entidad. Tal adquisición global puede producirse o bien por una compra voluntaria o bien por una venta forzada de los activos de la sociedad concursada con el mantenimiento de la explotación".

En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa. Por otra parte el interesado no puso de manifiesto durante la tramitación del expediente que la posible multa que se le pudiera imponer (no conocía su importe, pero sí cual era el límite máximo) incidiera en su situación financiera-patrimonial de tal modo que le impediría continuar su actividad empresarial. El hecho de que se afirme que la situación financiera es delicada no es suficiente para considerar que está en peligro la viabilidad de la misma ya que no consta que exista imposibilidad de renegociar la deuda bancaria, de recibir aportaciones de capital de otras sociedades o accionistas o incluso de la transmisión de los elementos del activo a un tercero para continuar la actividad empresarial tal como establece, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) que ya hemos reproducido en un párrafo anterior. Así de hecho se indica en el informe que *"la sociedad, no obstante espera poder renegociar la deuda actual y aplazarla en el tiempo lo máximo posible, y es en este contexto que está negociando con las entidades financieras"* ." (razonamiento jurídico decimocuarto)

Los extensos razonamientos que se acaban de transcribir justifican de forma razonable y suficiente la proporcionalidad de la sanción, por lo que procede desestimar el motivo.

SEXTO .- Conclusión y costas.

La desestimación de todos los motivos supone que no ha lugar al recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la sociedad que lo ha sostenido hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por KSB Itur Spain, S.A. contra la sentencia de 25 de febrero de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 390/2.011. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-