

Roj: **STS 4654/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4654**Id Cendoj: **28079130032015100341**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **27/10/2015**Nº de Recurso: **1044/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 471/2013,**
STS 4654/2015

SENTENCIA

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

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1044/13, interpuesto por el Procurador D. Victorio Venturini Medina en representación de **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SAU Y GRUNDFOS HOLDING AS**, contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 378/11 , sobre sanción. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 378/11, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, fue promovido por **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SAU Y GRUNDFOS HOLDING AS**, contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011, en el expediente sancionador S/0185/09-**BOMBAS DE FLUIDOS**, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas practicas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea , donde se le impuso una sanción de 2.441.500 euros.

En la mencionada resolución de 24 de junio de 2011, se adoptaron los siguientes acuerdos:

<< **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; **ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA SA** y solidariamente, su matriz **ABS GROUP AB**, **BOMBAS CAPRARI SA** y, solidariamente, su matriz **CAPRARI SPA**, **HIDROTECAR SA**, **BOMBAS IDEAL SA**, **KSB ITUR SPAIN SA**, **DAB PUMPS IBERICA SL** y, solidariamente, su matriz **GRUNDFOS HOLDING A/S**, **EBARA ESPAÑA BOMBAS SA** y, solidariamente, su matriz **EBARA CORPORATION**, **ESPA 2025**, **FLOWSERVE SPAIN SL** y, solidariamente, su matriz **FLOWSERVE CORPORATION**, **STERLING FLUID SYSTEMS (SPAIN) SA** y, solidariamente a su matriz **WILO AG**, **ITR WATER & WASTEWATER SA** y, solidariamente, su matriz **ITT CORPORATION**, **SULZER PUMPS SPAIN SA** y, solidariamente, su matriz **SULZER, AG**, **KRIPSON HIDRÁULICA SA** y, solidariamente su matriz **KRIPSOL GETION SL**, **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SA** y, solidariamente, **GRUNDFOS HOLDING A/S**, **GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI SA** y **AIGUAPRES SL**.

SEGUNDO.- Declara 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 AEFBF, KSB ITUR SPAIN SA, y, solidariamente, su matriz KSB AG, **BOMBAS** CAPRARI SA Y, solidariamente, su matriz EBARA CORPORATION, ESPA 2025, **BOMBAS** GRUNDFOS ESPAÑA SA y, solidariamente GRUNDFOS HOLDING A/S, **BOMBAS** IDEAL SA, **BOMBAS** ZEDA SA, ITT CORPORATION, KRIPSON HIDRÁULICA SA y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GETION SL, AIGUAPRES SL, **BOMBAS** BLICH SL, y solidariamente a su matriz **BOMBAS** IDEAL SA, GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI SA.

TERCERO.- Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones.

(...) - 2.441.500 € a **BOMBAS** GRUNDFOS ESPAÑA SA y solidariamente, GRUNDFOS HOLDING A/S (...)

CUARTO.- (...) >>

SEGUNDO.- La Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **BOMBAS** GRUNDFOS ESPAÑA SA UNIPERSONAL y GRUNDFOS HOLDING A/S, contra el Acuerdo dictado el día 24 de junio de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. Sin efectuar condena al pago de las costas. >>

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la representación de **BOMBAS** GRUNDFOS ESPAÑA SA UNIPERSONAL y GRUNDFOS HOLDING A/S preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. La mencionada sociedad se personó en tiempo y forma y en su escrito de interposición de 23 de abril de 2013, formuló los siete motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el objeto de debate al considerar que la sentencia ha no aprecia la caducidad del expediente sancionador. Infracción de los arts. 36, 37.1.e) y 38 de la LDC, de los arts 12.1.b) y 36.2 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el RDC, y del art. 44 de la LRJ-PAC, así como de la jurisprudencia, que aboga por una interpretación estricta de la posibilidad y límites de las ampliaciones de plazo que recogen los arts. 42.5.c) y d) LRJ-PAC.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver el objeto de debate. Se denuncia la infracción, por la sentencia de instancia, de la Disposición transitoria Cuarta de la LDC, que configura el cártel a través de una delimitación de la naturaleza del acuerdo y sobre todo del objeto del mismo: ha de pretender (i) la fijación de precios, (ii) de cuotas de producción o venta, o (iii) de reparto de mercados.

Tercero.- Al amparo de lo previsto en el art. 88.1.d) LJCA, al considerar que la sentencia no ha apreciado que las conductas de **BOMBAS** GRUNDFOS no fueron anticompetitivas, concretamente, si se analizan por separado las conductas de la recurrente, se advierte que no hay vulneración alguna de los arts. 1 LDC y 101 TFUE.

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que veta las valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica que se desprende del art. 348 LEC y que ha sido plasmada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1986 y de 13 de diciembre de 2000.

Quinto.- Al amparo del art. 88.1.d), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el objeto de debate. Se denuncia el error de la sentencia de instancia al apreciar la comisión de una infracción única y continuada de los arts. 1 LDC y 101 del TFUE.

Sexto.- al amparo del art.88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el objeto de debate. La Sala comete el error de apreciar la responsabilidad solidaria de GRUNDFOS HOLDING por las conductas supuestamente anticompetitivas llevadas a cabo exclusivamente **BOMBAS** GRUNDFOS en particular se evidenciara que la sentencia recurrida incurre en una infracción de los arts. 130 LRJ-PAC y 61 de la LDC, así como la jurisprudencia que los aplica e interpreta.

Séptimo.- al amparo del art. 88.1.d) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el objeto del debate. La Sala no ha apreciado la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas que ponen de relieve la evidente desproporción de la sanción impuesta por la CNC, puesto que no existe la relación exigida por el principio de proporcionalidad entre el desvalor de la conducta de mis representadas y el importe de la sanción impuesta.

Terminando por suplicar al Tribunal, se dicte sentencia por la que admitiendo el recurso de casación se dicte sentencia casándola y en su lugar, dictando otra por la que se estime la demanda del recurso interpuesto, y, en consecuencia, se anule la resolución impugnada.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, la representación procesal de la Administración del Estado en su escrito de oposición, tras las consideraciones que consideró oportunas, suplicó a la Sala dicte sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que anteceden.

QUINTO.- Se señalo para votación y fallo el día 13 de octubre de 2015 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de febrero 2013 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por <<**BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SA UNIPERSONAL Y GRUNDFOS HOLDING A/S**>>, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de junio de 2011, recaída en el expediente sancionador S/0185/09, **BOMBAS DE FLUIDOS**.

El expediente sancionador había sido incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, por considerar probada la existencia de una serie de conductas contrarias a los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , desarrolladas entre 2004 y 2009 por los fabricantes y comercializadores de **bombas de fluidos** y calificadas como acuerdos de cártel. El Consejo modificó la calificación jurídica de los hechos acreditados por considerar que los mismos muestran la existencia de dos únicas conductas colusorias: la primera, única y continuada, consistente en el Intercambio de información y en la armonización de condiciones comerciales en relación con las **bombas de fluidos**; la segunda, los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la Asociación Española de Fabricantes de **Bombas de Fluidos** (AEFBF), con la participación de la AEFBF, en relación con la Estandarización de la fabricación y suministro de equipos contra incendios (ECIs). En la Resolución sancionadora se consideraba las dos conductas, constitutivas de infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) LDC , y se impone a GRUNDFOS las multas de: 2.439.000 € por su participación en la primera infracción y de 2.450 € por su participación en la segunda infracción.

La Sala de instancia confirmó en su integridad el acto impugnado, rechazando la pretensión deducida por la recurrente, abordando en los sucesivos fundamentos jurídicos de la sentencia las cuestiones que ahora serán objeto del recurso de casación.

Las concretas razones que determinan la desestimación del recurso contencioso expuestas en los fundamentos cuarto a décimo de la sentencia son del siguiente tenor literal:

<<[...] Procede examinar con carácter previo la alegación relativa a la caducidad del procedimiento, ya que su eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes motivos de recurso.

La recurrente considera que el procedimiento ha caducado al haberse notificado la resolución fuera del plazo legalmente previsto al efecto.

Considera la actora que el art. 36 pfo. 1 LDC establece el plazo máximo de resolución en 18 meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, y que los plazos establecidos por meses se calcularán de fecha a fecha.

El expediente se inicia por acuerdo de 16 de septiembre de 2009, luego debería finalizar el 16 de marzo de 2011. Señala que en este cómputo los únicos periodos a restar serían los transcurridos entre el 21 de febrero y el 21 de marzo con efectos desde el 19 y por tanto 29 días naturales, ampliándose el plazo al 14 de abril de 2011.

La segunda suspensión se declaró el mismo día 21 de marzo, y habiéndose incorporado el resultado de la prueba practicada el día 16 de mayo de 2011 entiende que es esta la fecha relevante, y no aquella en la que la CNC acordó el levantamiento de la suspensión, pues no debe incluirse en esta el periodo de alegaciones de las partes. Por lo tanto, resulta a su juicio que la suspensión no hubiera debido levantarse como se hizo el

día 4 de junio de 2011, sino el día 16 de mayo de 2011, fecha de incorporación del resultado de las pruebas practicadas. Por lo tanto el nuevo plazo máximo para resolver habría pasado a ser el 10 de junio de 2011 y dado que la resolución le fue notificada el día 27 de junio de 2011 el procedimiento, al menos para la actora, habría caducado.

El artículo 37 pfo. 1 LDC tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

- a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.*
- b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.*
- c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.*
- d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.*
- e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.*
- f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.*
- g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"*

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:

" Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

- a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;*
- b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;*
- c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;*
- d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ;*
- e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;*
- f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007 , se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.*

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC, resulta que en principio no está contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Pero igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y una vez practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

Es coherente con este sistema la extensión del plazo de suspensión a la finalización de la presentación de alegaciones, que van unidas a la admisión y práctica de nuevas actuaciones, y que conforman por tanto la incidencia para la que se ha suspendido el plazo, suspensión autorizada por la LDC.

Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias por el órgano encargado de resolver el expediente. El principio de seguridad jurídica y el respeto al derecho de defensa de las empresas expedientadas justifican que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular alegaciones.

[...] Se alega en segundo lugar la vulneración del principio de tipicidad por no concurrir los requisitos imprescindibles para la comisión de la conducta tipificada en el artículo 1 LDC y en el artículo 101 TFUE.

La actora resume en su escrito de demanda, motivo jurídico segundo, estas dos infracciones (del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE) por las que es sancionada.

La primera conducta por la que se sanciona a la hora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 tanto de la Ley 16/1989 como de la Ley 15/2007 y el artículo 101 del TFUE es una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información y la armonización de condiciones comerciales en relación con las **bombas de fluidos**.

La segunda conducta es la adopción de un acuerdo restrictivo por el acuerdo respecto de un determinado procedimiento de calificación para ECIS y un modelo de calidad de la AEFBF.

La actora, en su escrito de demanda, y para fundamentar este motivo de recurso, resumidamente alega:

- Que las conductas de cuya comisión la CNC le considera responsable, no son subsumibles en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC;
- Que en cualquier caso son conductas que no integran una infracción única y continuada, sino conductas claramente diferenciadas entre si.

Una vez establecida la diferencia entre la adopción de un supuesto acuerdo para la armonización de condiciones comerciales y la revelación de información supuestamente sensible, la actora argumenta que ni la primera ni la segunda constituyen infracción de los preceptos nacional y comunitario por los que es sancionada, ni en todo caso fue responsable de la adopción del acuerdo ni lo aplicó.

Se ha acreditado en el expediente administrativo que el día 22 de noviembre de 2004 tuvo lugar una reunión de los fabricantes y comercializadores de **BOMBAS DE LÍQUIDOS Y GASES**, convocada por la AEFBF a la que asistieron directivos de las empresas asociadas e incluso de empresas no asociadas, con la finalidad de convertir a la Asociación en un foro de intercambio de información sobre el sector, para la creación de políticas de ventas comunes. A partir de esa fecha y previa creación de diversos grupos de trabajo, uno de ellos denominado de "*Condiciones Generales de Venta*" se trabaja en el sentido propuesto en la citada Asamblea concluyendo en una nueva reunión en la que se ponen de acuerdo en que el principal problema del sector era precisamente la determinación de dichas condiciones generales de venta, elaborándose un borrador en octubre de 2005 debatido en el seno de la Asociación y aceptado por todos los asociados.

La condiciones generales de venta que se incluyen en el mismo abarcan los siguientes elementos:

- condiciones de formalización del pedido;

- detalles sobre el alcance de los precios acordados;
- condiciones de entrega del producto;
- conceptos que deben ser facturados de manera autónoma, como el coste del almacenaje o la puesta en marcha del equipo;
- importe de las cláusulas de penalización;
- plazos y forma de pago;
- condiciones de la garantía y, en particular, su alcance, duración y plazos para la reclamación así como el importe de los avales durante el periodo de garantía.

La Asociación y las empresas continuaron estas actuaciones de "cooperación" con la finalidad de coordinar y armonizar la política comercial de las empresas asociadas.

A medida que transcurren los meses, continúan los contactos y los intercambios de datos, adoptando decisiones que resuelven, de forma unificada, los problemas que van surgiendo, y de estas decisiones, como pone de relieve la CNC, algunas tienen especial relevancia para la libre competencia en el sector concretamente las siguientes:

- La modificación de las condiciones generales de venta para vincular la aceptación del pedido a la cobertura de riesgo por parte de las entidades aseguradoras en el momento de recibirse el mismo.
- La recopilación de información sobre las tarifas post-venta para crear una hoja de recomendaciones de precios por hora trabajada por parte de los operarios de las empresas pertenecientes a la Asociación.

Por estos medios los oferentes en el mercado de los equipos litigiosos presentaban un frente unificado en materia de actuaciones comerciales frente a los demandantes, pues todas las empresas planteaban los mismos plazos de pago, de garantía, de coste de los avales durante este periodo, condiciones de entrega de los equipos, facturación independiente del servicio de puesta en marcha o almacenamiento.

El hecho de que no se pactasen los precios no priva a estas conductas de su carácter anticompetitivo, porque, como pone de relieve la CNC " *La actuación coordinada por parte de los competidores respecto de una serie de variables comerciales permite, cuando menos, partir de una mejor posición negociadora frente a los clientes que la que habría cabido en ausencia del acuerdo, bajo una normal competencia. Con ello, sin embargo, se restringe objetivamente la competencia, toda vez que por esta vía las empresas han sustituido la actuación autónoma en el mercado por la concertación.* "

Así resulta también de la documentación obrante en el expediente (escrito presentado por FLOWSERVE folio 5057): " *Los principales elementos de competencia con los competidores más cercanos son los períodos de entrega, la experiencia, el precio, la amplitud de la gama de productos, los términos contractuales, reputación en calidad, las instalaciones, las relaciones con los clientes, etc.* "

Se trata, a juicio de esta Sala, de una conducta apta para falsear la libre competencia. El Tribunal de Justicia ha declarado que constituyen una conducta contraria al Tratado y condenado por ser contrarios a la libre competencia no solo los intercambios de información sino la mera entrega o recepción de información en una reunión, puesto que tiene el mismo impacto: eliminar la incertidumbre entre los competidores sobre cual va a ser su futura conducta (asunto T- 28/99 Sigma Technologie).

En la sentencia dictada en el asunto C-204/00 Aalborg Portland A/S y otros el Tribunal de Justicia declaró que para probar la participación en un cártel es suficiente con que la Comisión acredite que la empresa participó en reuniones en las cuales se concluyeron acuerdos anticompetitivos sin manifestar su oposición a dichos acuerdos. Si esta participación se ha probado, incumbe a la empresa la carga de la prueba debiendo acreditar que su participación en las reuniones careció de intención anticompetitiva, y a tales efectos, debe demostrar que participó con otra finalidad legítima. Tal prueba no se ha llevado a cabo por la recurrente.

La actora considera que la práctica por la que es sancionada no reúne los requisitos establecidos en la definición que recoge la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007 porque falta la característica de acuerdo "secreto" y falta el objeto anticompetitivo.

La Comisión Europea, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), para evaluar los intercambios de información desde el punto de vista de la competencia recuerda que pueden revestir diferentes formas, y una de ellas es aquella en la que los competidores comparten los datos de forma indirecta a través, por ejemplo, de una asociación comercial.

Y, en cuanto a su contenido, este puede limitarse al intercambio de información cuya función económica principal es el intercambio de información propiamente dicho, o formar parte de un conjunto de actuaciones de cooperación horizontal.

Es decir, los intercambios de información pueden ser pro-competitivos, o generar efectos restrictivos de la competencia, y esto es lo que ocurre cuando hacen posible el conocimiento por las empresas de las estrategias de mercado de sus competidores.

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

"Por otra parte, la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel. "

En cuanto a la afectación del comercio intracomunitario, el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 12 de julio de 2011 Tate & Lyle y otros /Comisión, estableció:

"78. Según reiterada jurisprudencia, para que un acuerdo entre empresas o una práctica concertada puedan afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, Volk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 5 ; de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 171, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 143; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 175, y de 8 de octubre de 1996, Compagnie maritime belge transports y otros/ Comisión, asuntos acumulados T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201, apartado 201). De ahí que no sea necesario que el comportamiento denunciado haya afectado efectivamente al comercio entre Estados miembros de manera sensible; basta con demostrar que dicho comportamiento puede tener dicho efecto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 235).

79. Además, el hecho de que una práctica colusoria sólo afecte a la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda verse afectado el comercio entre Estados miembros. Al tratarse de un mercado permeable a las importaciones, los participantes en una práctica colusoria relativa a los precios interiores sólo pueden conservar su cuota de mercado protegiéndose contra la competencia extranjera (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, Belasco y otros/Comisión, 246/86, Rec. p. 2117, apartados 33 y 34)."

El examen de la documentación obrante en el expediente, valorada a la luz de las consideraciones expuestas permite concluir que las actuaciones declaradas probadas son constitutivas de una infracción del artículo 101 TFUE pues los intercambios de información enjuiciados podían ejercer una influencia sobre los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea, en el sentido de perjudicar la realización de los objetivos del mercado único

En cuanto a la definición de cartel que contiene la D.A. 4ª LDC "(A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cartel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones)" la actora sostiene que "en la supuesta reunión constitutiva del cartel no se acordó secretamente nada". El concepto de "secreto" hay que valorarlo en relación con el contexto: es obvio que no es relevante el "secreto" entre los participantes en la conducta ilícita, sino el "secreto" en relación con quienes no deben saber que los oferentes (en este caso) se han puesto de acuerdo para no competir, es decir, los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) y los consumidores y las autoridades de defensa de la competencia.

Por otra parte, si bien la existencia de la Asociación, las reuniones en su seno, recogidas en actas, no eran secretas, los mecanismos que las empresas pretendían utilizar y utilizaron bien para asegurar la ejecución de sus recomendaciones, bien para garantizar la continuidad de los intercambios de información, si eran secretas. Como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, basta con comprobar

las diferencias entre lo que aparecía en las actas y lo que recogen las notas manuscritas, que permanecían disponibles entre las empresas pero no eran reveladas públicamente para apreciar que se mantenían secretas partes esenciales de estas actuaciones de las empresas del sector litigioso, entre ellas la recurrente.

En cuanto a la falta de objeto anticompetitivo, la jurisprudencia nacional y comunitaria ha reiterado que lo relevante es la "aptitud" para restringir la libre competencia, y en este caso, no cabe duda alguna de que los intercambios de información litigiosos, como señala la Administración pueden facilitar el alineamiento de comportamientos que debían ser competitivos.

En cuanto a la comparación con otras resoluciones de la CNC, como la propia Comisión Europea en las citadas Directrices recuerda y se indicó más arriba, hay intercambios de información que pueden ser pro-competitivos:

"57. El intercambio de información es una característica común a muchos mercados competitivos que puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia. Puede solucionar problemas de asimetrías de la información (1), incrementando así la eficiencia de los mercados. Además, las empresas mejoran a menudo su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás. El intercambio de información también puede ayudar a las empresas a ahorrar costes reduciendo sus existencias, haciendo posible una entrega más rápida de los productos perecederos a los clientes o resolviendo la inestabilidad de la demanda. Asimismo, los intercambios de información pueden beneficiar directamente a los consumidores reduciendo sus costes de búsqueda y mejorando sus posibilidades de elección."

Ahora bien: como resulta de la jurisprudencia comunitaria (sentencia SIGMA citada, entre otras) la carga de la prueba corresponde a quién alega la concurrencia de estas ventajas pro-competitivas que en este caso ni siquiera se han razonado, limitándose la actora a manifestar el "alejamiento injustificado de su propia doctrina de la CNC".

En cuanto a la relevancia, a los efectos estudiados, del carácter "agregado" de la información, según el apartado 89 de las más arriba citadas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, establece:

"Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tienen muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa. La recogida y publicación de datos de mercado agregados (por ejemplo, datos de ventas, de capacidades, de costes de entradas y componentes) obtenidos por una organización comercial o por una empresa de información sobre el mercado pueden beneficiar tanto a los proveedores como a los consumidores al darles una idea más fehaciente de la situación económica del sector. Esa recogida y publicación de datos puede permitir a quienes participan en el mercado una mejor toma de decisiones individuales para adaptar más eficientemente su estrategia a las condiciones del mercado. En términos más generales, a menos de que ocurra en un oligopolio muy restringido, el intercambio de datos agregados es poco probable que tenga efectos restrictivos de la competencia. Por el contrario, el intercambio de datos individualizados facilita un entendimiento común en el mercado y unas estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado. Sin embargo, no cabe excluir que el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en mercados con características específicas. Concretamente, los miembros de un oligopolio muy restringido y estable que intercambie datos agregados que detecten precios inferiores a un determinado nivel podrían asumir automáticamente que alguien se ha desviado del resultado colusorio y adoptar represalias en todo el mercado. Dicho de otro modo, para mantener la estabilidad de una colusión no siempre es necesario que las empresas sepan quién se ha desviado, puede bastar con saber que «alguien» lo ha hecho".

De la documentación obrante en el expediente resulta que las informaciones intercambiadas recogían datos concretos y detallados, o como dicen las Directrices "individualizados" que ofrecían un reflejo exacto de lo que todas y cada una de las empresas cobraban por cada producto, lo que se iba a incrementar cada precio. Y obviamente la fiabilidad que ofrece la información facilitada por las propias empresas es muy superior a aquella que puede ofrecer la averiguada mediante otros medios complejos, y no utilizando la facilidad que aporta que te lo comunique la propia fabricante o comercializadora. Así se recoge igualmente en el apartado 92 de las Directrices (2011/C-11/01).

La Sala considera que la calificación de las conductas enjuiciadas, las constitutivas de la primera infracción litigiosa, en lo que es objeto de enjuiciamiento en este recurso, específicamente la consideración como cártel de estos intercambios de información es conforme a derecho, tanto en lo que respecta la art. 101 TFUE como al artículo 1 LDC .

[...] Se alega a continuación la inexistencia de infracción única y continuada.

En relación con el carácter o no de continuada de una infracción administrativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) analiza un supuesto de infracción del que ahora es art. 101 TFUE en el que el Tribunal de Primera Instancia había considerado la existencia de una infracción continuada, y sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)."

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de marzo de 2008, igualmente dictada en materia de derecho de la competencia, recuerda en primer lugar que hay que distinguir entre lo que es la mera apreciación de los hechos a la luz de las pruebas practicadas, y lo que es la calificación jurídica de la conducta infractora una vez establecidos los hechos probados. Y en segundo lugar, centra el eje de la valoración de la conducta en la unidad de designio o designio común: dice el Alto Tribunal, y esta Sala considera que es precisamente lo que

ha ocurrido en este supuesto que " *los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material* " (en aquel caso a la fijación de tarifas en este a la fijación de condiciones comerciales).

Continuando con los razonamientos de dicha sentencia, el Alto Tribunal recuerda que " *El artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo y corresponde a los tribunales de instancia, a la vista de las pruebas aportadas, determinar si dicho plan existió o no.* "

Y termina señalando:

" *Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a) de la Ley de Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial -en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí.*

La mera circunstancia de que el acuerdo colusorio se concrete en previsiones aplicables de manera detallada a diversos tipos de operaciones de transporte por carretera (contenedores, carga general, carga completa, camiones basculantes) en relación con el puerto de Bilbao y en función de las distancias aplicables, dicha circunstancia, decimos, en nada obsta al carácter unitario del acuerdo mismo ni a la calificación de la conducta infractora como continuada, a los efectos del repetido artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto ."

El análisis del comportamiento de la recurrente a la luz de estas precisiones jurisprudenciales permite comprobar que se ha acreditado en el expediente administrativo que:

- Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de sus productos. En contra de lo afirmado por la recurrente (apartado 36 folio 23 del escrito de demanda) es evidente la complementariedad de los datos intercambiados, pues es precisamente la suma de los mismos la que contribuye a formar una imagen del proyecto de comercialización de cada empresa completa y fidedigna, con el consiguiente riesgo para la competencia.
- Que esta armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.
- Que, según la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 12 de diciembre de 2007 BASF y UCB) debe analizarse si las distintas actuaciones relacionadas con la infracción única y continuada presentan un vínculo de complementariedad, de manera que resulte acreditado que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia y contribuyen, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia que se han producido o pueden producirse. Es así en este caso: las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar.

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, " *intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo* " (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

Tal es el caso de la conducta de la empresa actora, dadas las características de las reuniones celebradas y de la información intercambiada, tal y como es analizado por la CNC en la resolución enjuiciada. La CNC expresamente razona que lo relevante es la elaboración de una estrategia común, la contribución a esta estrategia, y la correspondiente participación en la infracción.

En todo caso, es preciso recordar que no se trata de que, como pretende la recurrente, sean analizadas las actuaciones de forma aislada y separada, como si solo se hubiese llevado a cabo una, pues es el conjunto, la reiteración, la aportación en cada ocasión de elementos que van completando esa imagen de lo que serán

las condiciones comerciales en relación con las **bombas** de **fluidos**, lo que finalmente completa el elemento objetivo de la infracción.

[...] Sobre la segunda infracción, la actora alega que no participó en la reunión inicial celebrada en Valencia el 17 de mayo de 2005, lo que habría sido confirmado por la AEFBF en su escrito de 20 de agosto de 2010 (folio 8074 del expediente), pese a lo cual la CNC la imputa por asistir a dicha reunión. Tampoco participó en la reunión de 10 de febrero de 2009 (hecho 100 del acto impugnado, pág. 75) en la que se adoptó el borrador final del acuerdo, y no prestó su consentimiento para la adopción del "*Modelo de calidad de la AEFBF para empresas fabricantes de ECIs*" como resulta del pfo. 335 del PCH (folios 11.966 a 11.971 del expediente).

No concurre por tanto a su juicio, especialmente porque la propia CNC reconoce que no se puso en práctica, el elemento de "*concierto de voluntades*" que caracteriza esta infracción, al no haber participado la recurrente en las reuniones señaladas.

La resolución impugnada, en el fundamento sexto, detalla la relevancia que tiene "*el contexto en el que se producen tales acuerdos y su contenido*": la práctica se inicia mediante la reunión de 17 de mayo de 2005 y examinado el expediente administrativo, resulta acreditada la participación de la ahora actora, sin que el hecho de que el escrito de la representación de la AEFBF que obra en los folios 8031 y siguientes del expediente no se la mencione (el escrito es de alegaciones al pliego de concreción de hechos y defendiendo la postura de la Asociación) suponga, como pretende la actora, la prueba en contrario de su presencia.

En el mail que aparece en el folio 501 y siguientes, se recogen los datos de la reunión, y si bien es cierto que en el resumen no aparecen mencionadas las empresas asistentes, es igualmente cierto que aparece un listado de empresas con su volumen de negocios aproximado, dato reservado que solo puede ser proporcionado por las asistentes.

Las mismas empresas asisten a las sucesivas reuniones (folios 419 y 420, folios 937 y 227), y continúan participando activamente, tal y como se describe en los hechos probados 78 y siguientes.

La Sala considera que la CNC ha reunido suficiente material probatorio para entender acreditada la infracción que se declara cometida, habiendo razonado y motivado las conclusiones obtenidas.

[...] Se alega a continuación la infracción del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción que le ha sido impuesta.

La falta de proporcionalidad vendría determinada porque:

- a) La CNC atribuye a la conducta de **BOMBAS** GRUNDFOS una duración excesiva.
- b) La conducta de la recurrente no produjo efecto perjudicial alguno sobre los consumidores o sobre otros operadores económicos.
- c) La falta de producción de efectos ha conllevado, en otros supuestos que la CNC no imponga sanción alguna.
- d) La CNC no señala que se hayan obtenido beneficios ilícitos.

Por otra parte, considera que concurren dos circunstancias atenuantes que la CNC no ha tenido en cuenta, y que deben atemperar el importe de la sanción: la circunstancia de crisis económica, y la colaboración de la empresa con la CNC.

La CNC señala los elementos que ha tenido en cuenta para calcular la sanción:

- Volumen de negocios total en la comercialización de **bombas** hidráulicas ("*se capta mejor el paseo de las diferentes empresas en el mercado*").

- Durante los ejercicios en que se le imputa la infracción de acuerdo con lo recogido en el fundamento de derecho séptimo. En este, y en relación con la actora, desde el 2 de noviembre de 2004 hasta el 18 de noviembre de 2008. En los hechos probados quedó acreditado que el día 22 de noviembre de 2004 tuvo lugar una reunión de los fabricantes y comercializadores de **BOMBAS** DE LÍQUIDOS Y GASES, convocada por la AEFBF a la que asistieron directivos de las empresas asociadas e incluso de empresas no asociadas, con la finalidad de convertir a la Asociación en un foro de intercambio de información sobre el sector, para la creación de políticas de ventas comunes.

La duración en el tiempo de la infracción se ha calculado correctamente por la CNC: se trata de una infracción (la primera) continuada, y en consecuencia la duración de la misma se extiende desde la fecha en que tuvo lugar la primera reunión, el 22 de noviembre de 2004, hasta que finalizó la conducta. En el caso de la segunda conducta, por las mismas razones, debe tenerse en cuenta la fecha de la primera reunión en la que se inicia el

intercambio de pareceres sobre la preparación de un procedimiento de certificación, que se fueron concretando con posterioridad, y esa primera reunión fue la que se celebró en el mes de mayo del año 2005.

En cuanto a la alegación de que la falta de producción de efectos ha conllevado, en otros supuestos que la CNC no imponga sanción alguna, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 2012 TOMRA razona que:

"104 Conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha juzgado 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 las decisiones relativas a otros asuntos sólo tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones (véanse las sentencias de 21 de septiembre de 2006 , JCB Service/Comisión, C-167/04 P, Rec. p. I-8935, apartado 205, y de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 233).

105 Así pues, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política de la competencia de la Unión, que sigue estando definida únicamente por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1) (véase en ese sentido la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 227).

106 En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la aplicación eficaz de esa política exige que la Comisión pueda adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política (véase la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109).

107 Es oportuno añadir que la gravedad de las infracciones tiene que apreciarse en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio (véase la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. I-4411, apartado 33). "

Esta doctrina es plenamente de aplicación en este supuesto concreto: en la resolución impugnada se señala que *"en la medida en que los acuerdos se han aplicado efectivamente a lo largo del tiempo con mayor o menor éxito, no cabe duda que han debido tener ciertos efectos, no obstante no se pueden considerar acreditados.... En todo caso la falta de acreditación de efectos no afecta a la calificación de la conducta puesto que estamos en una infracción por objeto. Pero si debe tenerse en cuenta como dice el artículo 64, a la hora de graduar el importe de la sanción y no como una atenuante como pretenden las partes"*.

En cuanto a la no acreditación de la obtención de beneficios ilícitos, no se trata de una atenuante, sino de que la cuantía de la multa, para que la actuación administrativa tenga efectos, no debería, en principio, ser inferior a la cuantía de los beneficios obtenidos por la actuación ilícita. Y no equivale a concluir que a falta de acreditación de beneficios no procede la imposición de sanción.

La interesada solicita la aplicación de dos atenuantes: la circunstancia de crisis económica, y la colaboración de la empresa con la CNC.

La colaboración con la CNC está regulada en el art. 39 LDC como un deber:

"1. Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de los solicitados o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente."

Su inclusión como circunstancia atenuante en el art. 64.3.d) incluye la referencia a una colaboración *"activa y efectiva"* correspondiendo a la autoridad administrativa evaluar si la colaboración ha existido, y de lo contrario puede incoar un expediente sancionador. Y en su caso para establecer la concurrencia de una atenuación de la responsabilidad de la empresa, evaluar si esa colaboración tuvo tales características. La CNC no ha apreciado la concurrencia de tales circunstancias, y la Sala no aprecia que la actora llevase a cabo esa colaboración activa y efectiva que justificaría una atenuación del importe de la sanción impuesta.

En materia de situación de crisis económica, se trata de un hecho que debe ser acreditado, y cuya valoración a los efectos pretendidos corresponde exclusivamente a la CNC.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada "incapacidad contributiva" en los siguientes términos:

"(17) Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.

(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.

(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."

[...] Finalmente, alega que no se ha puesto en conocimiento de las empresas los factores o magnitudes económicas tenidos en cuenta para calcular la sanción. La información es confidencial (pags. 140 y 142 de la resolución) pero cada empresa debió conocer la información que le corresponde.

A la recurrente le fue entregado el expediente administrativo para formalizar la demanda, menos la parte declarada confidencial. Entre los elementos confidenciales, aparece un soporte digital que es confidencial para todas las empresas menos Grundfos, y en este, el folio 13232 aparece el denominado "anexo confidencial nº 1" donde la propia interesada comunica su volumen de negocios antes del IVA total y en España correspondiente al ejercicio 2010, se desglosa el volumen relativo a las **bombas de fluidos**, y de equipos contra incendios, así como el "volumen de negocios total del grupo antes del IVA correspondiente al ejercicio 2010".

La resolución señala que se ha calculado con base en "la facturación de **bombas** hidráulicas de cada empresa durante los ejercicios en que se le imputa la infracción" y se alude expresamente a que tales datos son confidenciales. Dado que la empresa facilitó los datos correspondientes es a ella a quien corresponde probar que la Administración no los tuvo en cuenta, o que ha realizado el cálculo sobre bases distintas a las que se ponen de manifiesto en la resolución impugnada.

Se ha analizado en los fundamentos jurídicos anteriores el respeto al principio de tipicidad, pues la Administración ha acreditado y razonado sobre la concurrencia del elemento objetivo de las infracciones por las que impone sanción.

En cuanto al elemento subjetivo, igualmente resulta de la resolución impugnada, que concurre al menos a título de simple negligencia:

En cuanto a la alegada lesión de los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad, se ha analizado igualmente la proporcionalidad de la sanción y que el principio de igualdad no opera en la forma pretendida por la recurrente. Por otra parte, la CNC tiene encomendado por el ordenamiento jurídico la persecución y castigo, de conformidad a lo dispuesto en la LDC y en el TFUE de las conductas contrarias a la libre competencia, por lo que en modo alguno puede entenderse que el cumplimiento de esa obligación legal constituya una infracción del principio de equidad.

[...] Se alega en último lugar la improcedencia de la condena solidaria a GRUNFOS HOLDING.

El artículo 61 de la Ley 15/2007 dice en su apartado segundo:

"2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

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

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

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la mayoría relevante del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción *"iuris tantum"* de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que *"cualquier vínculo económico, legal u organizacional"* puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial.

En este caso, no se ha practicado prueba alguna dirigida a acreditar que no existía ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso.>>

SEGUNDO. - Los siete motivos de casación del recurso interpuesto por la entidad **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SA** y GRUNDFOS HOLDING A/S, se acogen todos ellos al apartado d) del artículo 88.1 LJCA :

El primero de los motivos de casación, denuncia que la sentencia al no apreciar la alegación de caducidad del expediente sancionador, infringe los arts. 36 , 37.1.e) y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia , de los arts 12.1.b) y 36.2 del RD 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, el art. 44 de la LRJ-PAC , así como de la jurisprudencia que aboga por una interpretación estricta de la posibilidad y límites de las ampliaciones de plazo que recogen los arts. 42.5.c) y d) LRJPAC.

En el segundo motivo de casación se considera infringida la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia , que configura el concepto de "cartel" a través de una delimitación de la naturaleza del acuerdo y del objeto del mismo.

El tercer motivo, por infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , del principio de tipicidad recogido en el artículo 129 LRJPAC y de la jurisprudencia que los aplica e interpreta, al no ser las conductas susceptibles de ser consideradas infracciones contempladas en las citadas normas jurídicas.

El cuarto motivo, denuncia la valoración de la prueba y las conclusiones alcanzadas en la sentencia recurrida, que tilda de ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o <<claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica que se desprende del art. 348 LEC >>.

En el quinto motivo, se sostiene el error de la sentencia de instancia al apreciar la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del TFUE .

El motivo sexto de casación se aduce la infracción de los artículos 130 LRJPAC y 61 LDC , así como la jurisprudencia que los aplica e interpreta, al apreciar la Sala de instancia la responsabilidad solidaria de GRUNDFOS HOLDING por las conductas supuestamente anticompetitivas llevadas a cabo exclusivamente por **BOMBAS GRUNDFOS**.

Y por último, el séptimo motivo de casación, denuncia la indebida apreciación de la Sala de instancia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, que evidencian la desproporción de la sanción impuesta por la CNC, afirmando la quiebra del principio de proporcionalidad entre el desvalor de la conducta y el importe de la sanción impuesta.

El presente procedimiento tiene relación con los recursos de casación 1755/13, 1038/13, 1039/13 y 1667/13, planteados todos ellos contra la misma resolución de 24 de junio de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en el expediente sancionador S/185/09-**Bombas de Fluidos**, recursos que han sido analizados conjuntamente y resueltos en sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 21 y 27 de octubre de 2015.

TERCERO. - En el primero de los motivos de casación se denuncia la infracción de los arts. 36 , 37.1.e) y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia , de los arts 12.1.b) y 36.2 del RD 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia y del art. 44 de la LRJ-PAC , así como de la jurisprudencia, en relación con el art. 42.5.c) y d) LRJPAC, censurando la sentencia en cuanto no aprecia la caducidad del expediente sancionador.

En el desarrollo argumental del motivo se aduce que la correcta interpretación de los mencionados preceptos que regulan la caducidad determinan que una vez realizada la prueba para cuya práctica se suspendió el plazo de resolución, se reanuda inmediatamente su tramitación, de acuerdo con los términos claros del artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia , sin que pueda ampliarse el plazo correspondiente a las alegaciones pertinentes tras la práctica de la prueba o a las actuaciones complementarias. En su opinión, tomando en consideración las fechas de las actuaciones en el expediente sancionador y de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , cuando se notificó la resolución sancionadora, el 27 de junio de 2011, el procedimiento sancionador había caducado.

El motivo no puede prosperar. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la interpretación de los invocados preceptos en relación a los supuestos de suspensión del procedimiento y la caducidad de los expedientes sancionadores de la Comisión Nacional de la Competencia, en un sentido contrario al sostenido por la mercantil recurrente.

En la sentencia de 30 de septiembre de 2015 (RC 496/2013), rechazamos el motivo de casación sustentado en similares argumentos, que los que ahora suscita la recurrente y declaramos que el plazo de interrupción contemplado en los mencionados preceptos se mantiene hasta que finaliza el incidente probatorio, que incluye las alegaciones de las partes.

Así, hemos dicho ya que el citado plazo de interrupción se mantiene hasta que finaliza el incidente sobre la práctica de las pruebas, tal como determina el apartado 2º del precepto reglamentario invocado al que se refiere también la parte, pues el incidente probatorio incluye la incorporación al expediente de las alegaciones de las partes. Además de ser una interpretación acorde con los términos de los dos apartados mencionados del artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia , la misma evita que el plazo de caducidad resulte diferente para cada recurrente con ocasión de tales trámites, lo que resulta más acorde con el hecho de que se trate un único expediente, aunque en determinadas circunstancias pueda no mantenerse tal identidad del plazo de caducidad para todos los afectados.

Con arreglo a nuestro criterio y por las mismas razones expuestas, procede, pues, desestimar el motivo casacional, por cuanto la Sala no infringió los preceptos invocados al incluir en el plazo de suspensión el tiempo correspondiente a la incorporación de las alegaciones de todas las partes sobre la valoración probatoria.

CUARTO. - En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción de la Disposición Transitoria (sic) Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, que configura el "cartel" a través de una delimitación de la naturaleza del acuerdo y sobre el objeto del mismo. Se aduce que la Sala de instancia al aceptar la interpretación de la Comisión Nacional de la Competencia lleva a cabo una interpretación analógica de las conductas de la Disposición Adicional Cuarta citada que configura el <<cartel>> a través de una delimitación de la naturaleza del acuerdo y su objeto: ha de pretender la fijación de precios, de cuotas de producción o venta o de reparto de mercados. La errónea calificación de las conductas de la recurrente como cártel determina la infracción de la mencionada Disposición Adicional y, a su vez la quiebra del principio de tipicidad.

Pues bien, este mismo planteamiento ha sido analizado y rechazado en las sentencias de 21 y 27 de octubre de 2015 (RC 1755/13 , y 1038/13), por las consideraciones jurídicas que debemos ahora reiterar.

La sentencia se refiere a esta concreta cuestión sobre la existencia o no de un cártel en el quinto de sus fundamentos jurídicos en el que tras transcribir el contenido de la Disposición Adicional Cuarta, hace una serie de precisiones sobre el concepto de <<secreto>> en relación al contexto examinado y en relación a la ausencia de <<objeto anticompetitivo>> .

Pero, es lo cierto que con independencia de lo expuesto en dicho fundamento jurídico, la Sala declara en su sentencia de manera expresa que los hechos aceptados y declarados probados constituyen conductas anticompetitivas contrarias a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En consecuencia, la calificación o no como cartel de las conductas analizadas no incide ni afecta a su carácter sancionable ni a su tipificación básica como tales comportamientos contrarios al citado precepto legal, ni, en fin, a la sanción impuesta puesto que la consideración de tal conducta y su específica calificación como cartel a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional no deriva ninguna consecuencia respecto a la tipificación de la conducta de la mercantil recurrente como contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia ni a la sanción impuesta. El motivo, pues, debe ser desestimado.

QUINTO.- En el tercer motivo de casación se aduce la infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE del principio de tipicidad recogido en el artículo 129 LRJPAC y de la jurisprudencia que los aplica e interpreta, al no ser las conductas susceptibles de ser consideradas infracciones de las citadas normas jurídicas. Se argumenta que las conductas imputadas a la mercantil recurrente no fueron anticompetitivas y que si se analizan por separado cada una de las conductas -y no dentro de un pretendido cartel que no fué tal- se advierte que no hay vulneración alguna de los artículos invocados.

El motivo tampoco puede ser acogido. Al igual que en nuestra sentencia de 21 de octubre de 2015 (RC 1755/13) la sentencia impugnada expone a lo largo de sus fundamentos jurídicos las consideraciones por las que concluye que la conducta imputada es constitutiva de la aludida infracción, que esta Sala comparte. Frente a esta apreciación, la parte recurrente muestra su discrepancia afirmando que la recomendación de las condiciones generales de venta carecían de aptitud para infringir la competencia.

Debemos subrayar que la falta de constatación de alineamiento de precios no implica ni significa que las prácticas desarrolladas y sancionadas no hayan reducido la incertidumbre respecto al comportamiento de competidores, o que fuera susceptible de hacerlo. Es claro que el intercambio de información comercial entre competidores conlleva un efecto anticompetitivo, pues el conocimiento de los datos respecto a los competidores permite la adopción de ciertas estrategias menos inseguras en cuanto a sus efectos y facilitan, como indica la Comisión Nacional de la Competencia, el alineamiento de comportamientos que debían ser competitivos. Las conductas sancionadas, desde luego, son idóneas y presentan aptitud para reducir la incertidumbre del comportamiento de los competidores en un mercado abierto y esta apreciación no es desvirtuada por las alegaciones de la parte recurrente que, claro está, discrepa de la valoración de los efectos y el alcance de las conductas a ella imputadas.

Tampoco cabe admitir que en lo que se refiere a los plazos de pago, opere la exención mencionada, pues no cabe amparar la conducta en la finalidad de reducir los plazos de pago abusivos ni en el cumplimiento de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre medidas de lucha contra la morosidad, que se limita a imponer, en su defecto, un plazo máximo de pago para el deudor en las operaciones comerciales.

En fin, cabe rechazar la totalidad de los argumentos expuestos en el motivo que muestran la discrepancia de la valoración respecto a las conductas sancionadas, sin que las alegaciones vertidas por la recurrente referidas a la finalidad de las actuaciones o sobre sus efectos desvirtúen las razones expuestas en la sentencia, que son compartidas por esta Sala.

SEXTO.- El cuarto motivo de casación aduce que la valoración de la prueba realizadas por la Sala de instancia y las conclusiones alcanzadas resultan ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o <<claramente contrarias al sentido común>> encarnado en las reglas de la sana crítica que se desprende del art. 348 LEC. Argumenta la mercantil recurrente que la Sala de instancia valora la documentación obrante en el expediente y concluye que <<**Bombas Grundfos**>> no prestó colaboración activa durante la tramitación del expediente, lo que habría justificado la reducción de la sanción impuesta, y ello con independencia de que se atendió con prontitud los requerimientos planteados por la Comisión del Mercado de la Competencia. Cuestiona también la recurrente la afirmación de la sentencia de que la información intercambiada en el seno de la AEFBF era concreta y detallada, de manera que la Sala realiza una valoración totalmente absurda e irracional de la documentación intercambiada a las empresas.

El motivo no puede ser acogido, pues no existe un cauce para examinar los argumentos esgrimidos sin realizar una nueva valoración de la prueba, distinta de la hecha por la Sala de instancia, y contradictoria con la misma. De modo que a pesar de indicarse en este motivo, en el que se afirma que no se trata de una discrepancia con la valoración probatoria, lo cierto es que tal alegato, además de resultar contradictorio con la arbitrariedad e irrazonabilidad que se imputa en este motivo a esa apreciación probatoria contenida en la sentencia, lo que verdaderamente pretende es sustituir a la Sala de instancia en su función de valorar la prueba realizada en el proceso.

No se advierte la irrazonabilidad ni la arbitrariedad en el proceso valorativo de las pruebas documentales obrantes en el expediente en lo que se refiere a la apreciación de la inexistencia de colaboración activa y efectiva de la recurrente, pues la Comisión razona que no se cumplen las características para que pueda operar como circunstancia atenuante, ni tampoco se aprecia irrazonabilidad en cuanto a la participación de la recurrente en la reunión celebrada en Valencia, que se basa en un correo electrónico en el que figuran los datos de dicha reunión, conclusión que la Sala de instancia no considera desvirtuada a través de las alegaciones de la AEFBF y en fin, sobre el conocimiento de las magnitudes económicas tenidas en cuenta para el cálculo de la sanción. Frente a lo afirmado, la valoración de la prueba resulta razonable y no arbitraria, se ha sujetado a las reglas de la sana crítica, pues la Sala pondera, fundamentalmente, aquel material probatorio que mereció, a su juicio, mayor fiabilidad.

En consecuencia, procede desestimar el primer motivo, pues, a pesar de lo manifestado, el desarrollo argumental del motivo viene a poner de manifiesto la discrepancia de la mercantil recurrente con las conclusiones razonables alcanzadas por la Sala de instancia en relación con los aspectos que indica la parte.

SÉPTIMO.- En el quinto motivo de casación se denuncia el error de la sentencia de instancia al apreciar la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del TFUE .

La mercantil recurrente sostiene que se ha aplicado indebidamente la noción de infracción única y continuada respecto a comportamientos diferenciados con objetivos diversos. Así, afirma que la recomendación sobre las condiciones generales de contratación, las estadísticas y los intercambios de información sobre tarifas de horas de trabajo y sobre servicios post-venta tuvieron objetivos diferenciados, se ejecutaron de forma distinta y se aplicaron en períodos diferentes, por lo que carecieron de la unidad de resolución y propósito que son exigibles a una pluralidad de actos para configurar una infracción única y continuada.

El motivo debe ser rechazado. Como señalamos en la reseñada sentencia de 27 de octubre de 2015, RC. 1038/13 , la heterogeneidad de los referidos comportamientos a la que se refiere la parte recurrente no afecta a que los mismos queden englobados en una colaboración en distintas vertientes entre las empresas sancionadas para reducir la incertidumbre respecto al comportamiento comercial de los competidores, constituyendo de esta manera una infracción única y continuada derivada de esa unidad de propósito anticompetitivo. A ello no obsta de ninguna manera el que aisladamente consideradas las distintas acciones estén encaminadas a objetivos concretos diferentes. Esa diversidad de finalidades específicas y de momentos de ejecución no impiden que todas las conductas examinadas tuvieran un común objetivo anticompetitivo que autoriza a tipificarlas como una infracción única y continuada.

OCTAVO. - El motivo sexto de casación, alega la infracción de los artículos 130 LRJPAC y 61 LDC , así como la jurisprudencia que los aplica e interpreta, al apreciar la Sala de instancia la responsabilidad solidaria de GRUNDFORS HOLDING por las conductas supuestamente anticompetitivas llevadas a cabo exclusivamente por **BOMBAS** GRUNDFOS.

Hemos de reiterar a este respecto la jurisprudencia ya establecida tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por este Tribunal Supremo, que salvo que quede acreditado la autonomía de una empresa perteneciente a un grupo empresarial respecto a su matriz, la actuación de aquella es imputable a la propia matriz, en la medida en que responden a una misma dirección económica y empresarial. Así, de no mediar una prueba 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 la Sentencia de instancia se aborda esta cuestión en el décimo de sus fundamentos jurídicos, en el que tras exponer la doctrina y la jurisprudencia aplicables, subraya que no se ha practicado ninguna prueba dirigida a acreditar que no existía la unidad económica ni la influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial. En consecuencia, dicha autonomía empresarial y económica no se justifica en el presente caso, pues la recurrente se limita a afirmar en su demanda la autonomía funcional de la filial, pero sin aportar ningún elemento probatorio al respecto para probar que no existía el vínculo económico, legal o de organización, o la inexistencia de control efectivo de la matriz sobre la filial, razón por la que resulta conforme a derecho la imputación a la matriz de una responsabilidad solidaria en la conducta infractora. Asimismo, no es posible admitir que la matriz haya sufrido indefensión, puesto que por las mismas circunstancias de su unidad empresarial no resulta creíble ni verosímil que no fuera perfectamente conocedora de la incoación y desarrollo de un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas contra su filial **Bombas** Grundfos España, por lo que de entenderlo conveniente para sus intereses podía haberse personado en el procedimiento o,

en todo caso, participar en las decisiones adoptadas por su filial a lo largo del procedimiento sancionador. Procede, pues, la desestimación del motivo de casación.

NOVENO.- El séptimo motivo de casación denuncia la indebida apreciación de la Sala de instancia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, que evidencian la desproporción de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, sin que exista la relación exigida por el principio de proporcionalidad entre el desvalor de la conducta y el importe de la sanción impuesta. En el desarrollo argumental del motivo manifiesta la mercantil recurrente que la sentencia no aprecia correctamente la inexistencia de un cartel y de infracción continuada, la duración de la conducta supuestamente imputada, la falta de beneficio derivado de la citada conducta, y que no tiene en cuenta ninguna circunstancia atenuante y en especial, la relativa a la crisis que atraviesa el sector de la construcción, y la colaboración diligente durante la tramitación del expediente. Añade que la sanción resulta desproporcionada al declarar la responsabilidad solidaria de Grundfos Holding y respecto a supuestos análogos en los que se impuso sanciones monetarias respecto a las respectivas asociaciones y termina invocando el principio de equidad.

Los extensos razonamientos recogidos en los fundamentos jurídicos octavo y noveno de la sentencia impugnada, antes transcritos, justifican de forma razonable y suficiente la proporcionalidad de la sanción. La Sala de instancia considera cada una de las alegaciones esgrimidas, sobre la duración de la conducta atribuida a la recurrente, y, respecto a la primera de las infracciones, razona sobre la existencia de una infracción continuada que abarca desde la primera reunión, hasta que finalizó la conducta. Respecto a la segunda infracción, toma en cuenta la fecha de inicio del intercambio de pareceres, que sitúa en el mes de mayo de 2005. Valora también la Sala de instancia de forma razonable la colaboración que reclama la recurrente, respecto a la que no advierte la característica de ser <<activa>> y <<eficaz>>, como recoge el artículo 64.3 d) de la Ley de Defensa de la Competencia, para que opere como circunstancia de atenuación de la responsabilidad. También rechaza la Sala la alegación de la concreta situación financiera de la empresa, con cita de la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010.

En fin, las alegaciones vertidas por la recurrente sobre su concreta participación en la conducta sancionada, no altera ni desvirtúa la adecuación y la proporcionalidad de la sanción impuesta, toda vez que los diferentes factores y circunstancias concurrentes son debidamente consideradas por la Comisión y por la Sala de instancia, sin que se aprecien razones suficientes para atenuar la sanción que se ajusta a la singular conducta de la recurrente en el caso de autos.

DÉCIMO .- 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 -por mitad- a las sociedades recurrentes, limitando la cantidad que han de satisfacer hasta un máximo de 4.000 euros a la parte recurrida 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

Primero.- NO HA LUGAR y por tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA SA UNIPERSONAL** y GRUNDFOS HOLDING AS, contra la sentencia de 5 de febrero de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativos (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 378/11 .

Segundo.- Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.