

Id. Cendoj: 28079230062013100051
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/02/2013
Nº de Recurso: 420/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Bombas hidráulicas. No caducidad por superación del plazo de instrucción de 12 meses al no sobrepasarse el de 18 meses. Infracción única y continuada. Graduación de la sanción: no aplicación de la atenuante falta de aplicación efectiva del acuerdo. No reducción de la multa por situación financiera de la empresa.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cinco de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 420/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ESPA 2025 SL** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Espinosa Troyano contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 1.862.500 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 1 de septiembre de 2011 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 3 de abril de 2012 solicitó *"dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso contencioso-administrativo y en consecuencia (i) anule la resolución de la CNC de 24 de junio de 2011 expte S/0185/09 y, (ii) de manera subsidiaria, los pronunciamientos Primero, Segundo, Tercer, Cuarto y Séptimo de la resolución y, (iii) de manera subsidiaria, se declare la ausencia de una conducta infractora única y continuada, la*

ausencia de la existencia de un cártel reduciendo la sanción proporcionalmente, y la no concesión de la exención del pago de la multa al solicitante de clemencia, y (iv) de manera subsidiaria se declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule el pronunciamiento tercero de la resolución, no imponiendo multa alguna o sustituyéndola por una sanción que cumpla con el principio de proporcionalidad".

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 11 de mayo de 2012. Acordado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones, declarándose el 20 de diciembre de 2012 conclusas las actuaciones. Se señaló para votación y fallo el 29 de enero de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos. El recurrente pretende la anulación de dicha resolución y en concreto los siguientes apartados de la resolución recurrida:

"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: (.....)ESPA (...)

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 148 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: (.....)ESPA (...)

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones. (.....)1.862.500 euros a ESPA (...)

CUARTO. Declarar que GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI, S.A. reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC , por lo que se acuerda eximirle del pago de la multa señalada en el Resuelve Tercero.

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

SEGUNDO : La CNC en la resolución recurrida considera probada la existencia de dos conductas contrarias a los artículos 1 LDC 15/2007 y 101 TFUE desarrolladas entre 2004 y 2009 por los fabricantes y comercializadores de bombas y fluidos.

La primera infracción, única y continuada considerada como cartel consiste en el intercambio de información y armonización de condiciones comerciales en relación con

las bombas de fluidos. La segunda estaría integrada por los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF, en relación con los equipos contra incendios.

Respecto de la primera de las dos conductas citadas el Consejo considera probado que, a partir de la reunión de AEFBF de 22 de noviembre de 2004 se ha producido una coordinación entre empresas competidoras en el negocio de las bombas de fluidos, con la colaboración de dicha asociación, para la fijación de condiciones comerciales que ha perdurado hasta, por lo menos, al momento en que tuvieron lugar las inspecciones. La declaración de intenciones acordada en dicha reunión de *"ampliar el ámbito de la asociación y convertir(la) en un auténtico forum de intercambio de información sobre el sector...., en un grupo con poder de lobbying, crear políticas de ventas comunes."* se constituyó en objetivo prioritario como muestran las actuaciones desarrolladas desde entonces, sin respetar adecuadamente el inciso del artículo 5 de los propios Estatutos, de la Asociación que contempla la exención de dicha coordinación de las políticas y acciones comerciales prohibidas por el artículo 1 LDC . El Consejo destaca que los acuerdos afectan a variables en las que las empresas venían compitiendo y que afectan sensiblemente a la competencia, porque constituyen parte del coste efectivo de la transacción. Así, la coordinación ha abarcado a: 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); los plazos y forma de pago (no excederá en ningún caso de 90 días fecha factura) 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 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.

Respecto a la segunda de las conductas imputadas no reconocida como cartel es decir los acuerdos relativos a las equipos contra incendios (ECIs) adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF con la participación de esta, considera la CNC que el procedimiento de Calificación y el Modelo de Calidad de la AEFBF (en adelante PCMC) que tiene como finalidad según se indica en el mismo establecer criterios de evaluación de empresas fabricantes de equipos de bombeo contra incendios que permite elaborar un listado de empresas que sirvan de referencia fiable a

consumidores, aseguradoras y autoridades 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 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 .

Para la graduación de la sanción la CNC ha aplicado la comunicación sobre la cuantificación de las sanciones. Respecto al cártel desarrollado en la comercialización de bombas hidráulicas, ha considerado que el volumen de ventas afectado es la facturación de bombas hidráulicas de cada empresa inculpada correspondiente al período de duración de la infracción. A dicho volumen se ha aplicado un porcentaje del 3%, teniendo en cuenta que, aunque los acuerdos se han aplicado efectivamente a lo largo del tiempo con mayor o menor éxito, la cuantía de sus efectos no puede considerarse acreditada. No ha aplicado a la recurrente ninguna circunstancia agravante ni atenuante. La sanción impuesta a la recurrente por esta primera conducta ha sido de 1.829.000 euros.

En relación al cálculo de la sanción por la segunda conducta relativa a los equipos contra incendios 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 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 ESPA es de 33.500 euros.

El Consejo ha considerado que MARELLI ha cumplido plenamente los requisitos previstos en el artículo 65 LCD para acceder a la exención del pago de la multa concedida provisionalmente por la DI.

La conducta se ha desarrollado durante el plazo de vigencia de dos normas (ley 16/1989 y ley 15/2007) y se ha optado por la CNC por aplicar la Ley 15/2007 que considera más favorable para el infractor, incluso teniendo en cuenta la imputación a una asociación, siempre que la sanción que se le imponga no supere el límite previsto en el artículo 10 de la Ley 16/1989 .

TERCERO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. La resolución es nula dado que la CNC no ha respetado las reglas del procedimiento. 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.

2. La recomendación de condiciones generales de venta (CGV) no puede ser considerada como un acuerdo contrario a la CNC debido a la ausencia de objeto restrictivo de la competencia. De manera subsidiaria serían de aplicación los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE .

3. En cuanto a la segunda conducta sancionada, alega el recurrente que el procedimiento de Calificación y el Modelo de Calidad de la AEFBF (en adelante PCMC) no es contrario a la normativa de la competencia y ello por las siguientes razones: 1) los actos preparatorios del PCMC 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. 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

4. Subsidiariamente considera que la sanción impuesta a ESPA es desproporcionada.

CUARTO: Considera el recurrente en primer lugar que la resolución es nula dado que la CNC no ha respetado las reglas del procedimiento. Entiende 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.

b) En cuanto a la caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo de 18 meses previsto en la LDC. Existe discrepancia entre las partes acerca de si se ha superado este plazo.

Entiende la parte que se ha superado el plazo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que pone fin al expediente sancionador ya que si bien admite que el plazo máximo de duración del procedimiento puede ser suspendido por las causas previstas en el artículo 37 de la LDC 15/2007 el Reglamento de Defensa de la competencia especifica el periodo hasta el que se extiende la suspensión. En concreto el artículo 37.1 LDC 2007 establece que el máximo podrá interrumpirse e) *"Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*

acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51" y el artículo 12 del RDC 2008 establece el plazo en que debe ser entendida suspendido el computo del plazo para cada uno de los supuestos de suspensión del artículo 37 de la Ley y en relación al supuesto del artículo 3. 1 e) señala en el apartado 1 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 ". De ello deduce el recurrente que el plazo de suspensión abarca exclusivamente hasta que se incorporan el resultado de las pruebas pero no el período de alegaciones previsto en el artículo 51.1 LDC que establece que "El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización".

La CNC entiende en la resolución recurrida que el apartado 1 del artículo 12 del RDC 2008, debe ponerse en relación con el apartado 2 del mismo artículo que establece que "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". Por lo tanto sólo se puede entender reanudado el computo del plazo "desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión" y la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión no tuvo lugar hasta que se recibieron por el Consejo todas las alegaciones de las partes tras la incorporación de las pruebas y actuaciones complementarias al expediente.

La Sala comparte el criterio de la CNC ya que si bien la literalidad del artículo 12.1 RDC 2008 permite llegar a la conclusión que sostiene el recurrente (referida a que el plazo de suspensión abarca hasta que se incorpore el resultado de las pruebas practicadas al expediente y no incluye el periodo de alegaciones) al establecer que el plazo de suspensión abarca " 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 " es necesario integrar ese apartado con lo establecido en el apartado 12.2 RDC 2008 que establece que el computo del plazo se reanuda al día siguiente de la resolución del incidente y conforme al artículo 51.1 LDC 2007 el incidente abarca no sólo la práctica de pruebas sino expresamente establece un trámite de alegaciones por un plazo de 7 días. Por lo tanto si el incidente probatorio no concluye hasta que los interesados en el procedimiento hayan formulado alegaciones valorando el resultado de lo actuado, no procede el levantamiento de la suspensión hasta que transcurra dicha período. La CNC expone en la resolución recurrida las razones por las que esa interpretación es la adecuada haciendo referencia al espíritu y finalidad que persiguen los preceptos que regulan la suspensión del procedimiento sancionador durante la fase resolutoria: la realización en fase de Consejo de actuaciones distintas a la adopción de la decisión definitiva tiene carácter excepcional, en la medida en que para ello está prevista la fase de instrucción y por ello cuando sea necesario realizar actuaciones

complementarias para adoptar la decisión, pretende al establecer la suspensión del plazo máximo para resolver que no se compute ese tiempo en el plazo previsto para que el órgano resolutorio, previo análisis de la ingente documentación que integra el expediente administrativo dicte la correspondiente resolución y que ha sido fijado en 6 meses.

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 comunicar a las partes el cambio de calificación jurídica, la practica de pruebas complementarias, dando audiencia a las mismas al objeto de que se pronuncien sobre esas actuaciones, no procede que ese tiempo se compute a efectos de duración del procedimiento cuando precisamente con ello se pretende salvaguardar su derecho de defensa.

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

SEXTO: 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 osólo 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 incurso 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.

SEPTIMO: 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 que 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.

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 y un elevado poder de negociación en la demanda tal como reconoce la CNC apartado 29 antecedentes de hecho. 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 más 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). Como señala el apartado 80 de las directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal del año 2001 *"es más 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 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.

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 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).

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 facilitó 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 intercambió 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.

OCTAVO: En relación a la primera conducta sancionada integrada por la recomendación de condiciones generales de venta y los intercambios de información señala que no se ha demostrado la existencia de una conducta infractora única y continuada. 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 operandi 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). "

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). "

3) 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: Alega el recurrente en relación a esta primera conducta la falta de cumplimiento de las notas características del cartel según la definición contenida en la disposición adicional cuarta LDC 2007 que define el cartel como "*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 exportaciones*". Señala que la falta de cumplimiento de las notas características del cartel conlleva que no deba concederse la exención del pago de la multa ya que el artículo 65. 1 a) referido a la exención del pago de la multa establece que se eximirá a una empresa del pago de la multa que hubiera correspondido imponerle cuando "*sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia le permitan comprobar una infracción del artículo 1, en relación con un cartel...*"

Con independencia de que la primera conducta imputada sea o no un cartel (la segunda infracción ha establecido la CNC que no lo es) no procede examinar esta alegación por cuanto a la vista del escrito del recurrente lo que pretende únicamente es que esa falta de cumplimiento de los requisitos del cartel conlleve la anulación de la resolución recurrida en la parte que acuerda eximir al GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI SA del pago de la multa en aplicación del artículo 65. 1 a) LDC 2007 , no teniendo el recurrente legitimación para recurrir esa parte del fallo, ya que en nada afecta a su esfera jurídica la no imposición de una multa a esa otra empresa en el programa de clemencia.

DECIMO: 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. Tal como señala la CNC, en este caso no se trata de actos meramente preparatorios 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 Acuerdofirmado entre la Asociación y CEPREVEN sobre Calificación de equipos contra incendios, hasta obtener respuesta sobre este tema por parte de la Comisión Nacional de la Competencia ya que en el Expediente Sancionador abierto a laAsociación, se encuentra documentación referente a éste tema. No hay respuestaal 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 cumpliera 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.

DECIMOPRIMERO : Subsidiariamente considera que la sanción impuesta a ESPA 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 ESPA 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 ha aplicado la atenuante prevista en el artículo 64.3 LDC 2007 referida a la "no aplicación efectiva de la conducta" teniendo en cuenta por una parte que no se ha aplicado el Procedimiento de Calificación y el Modelo de calidad y la falta de acreditación de efectos negativos en el mercado.

3) No se ha tenido en cuenta su situación financiera y que el pago de la sanción tendría efectos opuestos a la protección de la competencia por la reducción del número de operadores del mercado.

1) 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 inicio el la reunión de 22 de noviembre de 2004. Considera ESPA que el cómputo de dicha conducta debería considerarse como muy pronto desde el 15 de marzo de 2006 fecha en que se produce el primer intercambio de información. 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 ESPA 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 abril de 2007, fecha en la cual la Mesa de Trabajo presentó un primer borrador del procedimiento de calificación.

Efectivamente el primer intercambio de información de precios es el 15 de marzo de 2006 (HP 42) y la circulación del primer borrador a todos los asociados de las condiciones generales de venta se produce el 25 de enero de 2006. Ahora bien 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.

2) Alega que la CNC no ha aplicado la atenuante por falta de aplicación del Modelo de Calidad y por la falta de acreditación de efectos negativos en el mercado conforme a lo establecido en el artículo 64. 3 "Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

En cuanto a la falta de aplicación de la atenuante prevista en el artículo 64. 3 LDC 2007 referida a la "no aplicación efectiva de la conducta". Hay que precisar que las circunstancias atenuantes tienen por objeto evaluar el comportamiento individual de cada una de las empresas para determinar la gravedad relativa de su participación en la infracción y dar cumplimiento al principio de individualización de las penas. Para aplicar esa atenuante es necesario "demostrar que, durante el período en que las demandantes tomaron parte en los acuerdos ilícitos, se abstuvieron efectivamente de aplicarlos, adoptando un comportamiento competitivo en el mercado o, cuando menos, que incumplieron clara y sustancialmente las obligaciones encaminadas a poner en práctica dicha concertación, hasta el punto de perturbar el propio funcionamiento de ésta (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2006 Daiichi Pharmaceutical/Comisión , T-26/02 , Rec. p. II-713, apartado 113)". (apartado 180) sentencia Tribunal General de la Unión Europea Caso Gütermann/Comisión. Sentencia de 28 abril 2010 . En este caso no concurre esta circunstancia ya que la falta de aplicación de los acuerdos sobre equipos de incendios, se debió al inicio de las investigaciones de la Dirección de Investigación. 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 solicita de éste, un aplazamiento de la puesta en funcionamiento del Acuerdo firmado entre la Asociación y CEPREVEN sobre Calificación de equipos contra incendios, 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."

Tampoco se puede aplicar como pretende el recurrente la circunstancia atenuante referida a la *"no aplicación efectiva de la conducta"* (artículo 63.4 LDC 2007) por la falta de acreditación de los efectos negativos en el mercado ya que se ha tenido en cuenta la ausencia de efectos de la infracción al evaluar el alcance de la infracción y por tanto al fijar el importe básico de la sanción para todas las empresas intervinientes y no se puede tener en cuenta como circunstancia atenuante que como hemos dicho están dirigidas a evaluar el comportamiento individual de cada una de las empresas la concreta. En este sentido citar la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Caso Gütermann/Comisión. Sentencia de 28 abril 2010 .

"(177). En primer lugar las demandantes sostienen que la Comisión debería haberles aplicado la circunstancia atenuante basada en la no aplicación efectiva del acuerdo debido a la inexistencia de repercusiones concretas de la infracción sobre los precios.

(178). Sin embargo, es necesario recordar que las referidas circunstancias atenuantes se basan todas ellas en el comportamiento característico de cada empresa. De ello se desprende que, a efectos de la apreciación de las circunstancias atenuantes, entre ellas la relativa a la inaplicación de los acuerdos, procede tener en cuenta no los efectos resultantes de la totalidad de la infracción, que deben tenerse en cuenta en la valoración de sus repercusiones concretas sobre el mercado para evaluar su gravedad (punto 1, sección A, párrafo primero, de las Directrices, sino el comportamiento individual de cada empresa, para examinar la gravedad relativa de la participación de cada empresa en la infracción (sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 137 supra , apartado 384)."

3) Hace referencia el recurrente a que la sanción agravaría la complicada situación financiera de la empresa tal y como demuestra el informe económico sobre la situación financiera patrimonial de Espa incorporado como anexo 5 al recurso contencioso-administrativo. Debe recordarse que el objeto de la LDC tal como indica en su preámbulo es la de *"proteger la competencia efectiva en el mercado"* . Sin embargo la confirmación de la sanción desproporcionada impuesta a Espa tendría efectos opuestos a la protección de la competencia efectiva en el mercado como es la reducción del número de operadores en el mercado.

Pretende el recurrente en definitiva que se minore el importe de la multa teniendo en cuenta su situación financiera deficitaria. Al respecto hay que indicar que conforme a lo previsto en el artículo 64 LDC 2007 no se establece como circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa. Hay que tener en cuenta que se establece en el artículo 63 LDC como límite del importe de la sanción " *el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa "* precisamente para salvaguardar la viabilidad futura de la empresa. Por otra parte en derecho español a diferencia del derecho comunitario no está prevista la posibilidad que se recoge en 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). *"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"*.

Este apartado ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas que requiere 1) existencia de un contexto económico y social particular 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

"(185) Antes de analizar las alegaciones formuladas por la demandante en apoyo de su segundo motivo, procede analizar la finalidad y la interpretación del apartado 35 de las Directrices.

(186) Según reiterada jurisprudencia, en principio, la Comisión no estaba obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra , apartado 327; sentencias del Tribunal de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 351, y Tokai Carbón y otros/Comisión , citada en el apartado 43 supra , apartado 370).

(187) Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad de la Unión provoque el concurso o la liquidación de una determinada empresa. La liquidación de una empresa en su forma jurídica en cuestión, aunque puede perjudicar a los intereses financieros de los propietarios, accionistas o titulares de acciones, no significa sin embargo que los elementos personales, materiales e inmateriales representados por las empresas pierdan, ellos también, su valor (sentencias del Tribunal Tokai Carbón y otros/Comisión, citada en el apartado 43 supra , apartado 372; de 29 de noviembre de 2005 Heubach/Comisión , T-64/02, Rec. p. II-5137 apartado 163, y de 28 de abril de 2010 BST/Comisión, T-452/05 , Rec. p. II-1373, apartado 96)"

(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. Así consta que la sanción impuesta a ESPA 2025 SL deriva de la conducta realizada por CIMSA- CONTROL Y MONTAJES (CIMSA) del que el mayor accionista era CENPI SA con un 63% de capital social, perteneciendo esta al grupo ESPA. El 3 de febrero de 2011 se comunicó a la CNC (una vez formulada la propuesta de resolución y elevado el expediente al Consejo) que estas entidades habían sido absorbidas y fusionadas por la entidad de nueva creación ESPA 2025 SL y que ha asumido todos los derechos y obligaciones de las fusionadas. En esta instancia aporta informe de 12 de julio de 2011 realizado por una auditora sobre la situación financiero patrimonial de dicha empresa. De dicho informe no resulta que el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa que conlleve la pérdida de valor de activos. Así el auditor tiene en cuenta las cuentas anuales de las sociedades individuales integrantes de ESPA 2025 del ejercicio 2009, cuando lo relevante es tener en cuenta las cuentas de la nueva sociedad que inició la actividad en el año 2010 ya que ha absorbido a dicha sociedad. Resulta que de las cuentas de la nueva sociedad se prevé en el año 2011 un incremento de las ventas netas en relación al ejercicio 2010. El hecho de que se afirme que " *la situación financiera es delicada ya que precisa fondos sin coste o bajo interés para solventar la situación*" 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*"

DECIMOSEGUNDO: Por las razones expuestas procede desestimar el recurso contencioso-administrativo. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del **ESPA 2025 SL** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.