

Id. Cendoj: 28079230062013100060
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/02/2013
Nº de Recurso: 475/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cinco de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 475/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **EBARA ESPAÑA BOMBAS S.A.** representada por el Procurador Sr. Venturini Medina frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011, relativa a *expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia*, con una cuantía de 563.000 euros, siendo codemandada FLOWERSE SPAIN y FLOWERSE CORPORATION representada por el Procurador Sr. Abad Abril. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 28 de febrero de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo

enjuiciado. Subsidiariamente, reduzca el importe de la sanción.

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

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 29 de enero de 2.013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 24 de junio de 2011 en el expediente sancionador S/0185/09, BOMBAS DE FLUIDOS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea .

SEGUNDO -. Entre los hechos declarados probados por la resolución impugnada, que se dan por expresamente reproducidos, y en lo que a la actora afecta se considera necesario destacar que la CNC declara:

"11.EBARA ESPAÑA BOMBAS, S.A.

Según información disponible en su página Web, EBARA ESPAÑA BOMBAS, S.A. (EBARA) es la sociedad española filial del grupo japonés Ebara Corporation, cuya central europea está en Italia (Ebara Pumps Europe, S.P.A.), que produce bombas centrífugas y equipos contra incendios y de presión (folios 3797 a 3799).

EBARA adopta su configuración actual en el año 1991, tras la fusión por absorción de cuatro compañías nacionales. Desde 1994, la participación de EBARA Corporation en el capital social de EBARA ha ido fluctuando en el tiempo entre el 92,9% y el 98,4% que ostenta en la actualidad. La progresiva adquisición de acciones representativas del capital social de EBARA por EBARA CORPORATION hasta alcanzar el porcentaje actual se ha debido a distintas operaciones societarias (aumento de capital, compra o amortización de acciones de accionistas minoritarios, redenominación de acciones en euros) que no han tenido incidencia en el control de EBARA que desde 1994 ha correspondido a EBARA CORPORATION De acuerdo con la información aportada por la propia empresa (folios 4945 a 4946).

De acuerdo con la información contenida en la página Web de la empresa, EBARA es una sociedad fabricante y comercializadora de Equipos y Sistemas de Bombeo, Grupos de Presurización de agua y Equipos Contra Incendios, presente en los segmentos de la edificación residencial y doméstica, industria ligera y agricultura, riego y jardinería.

De acuerdo con la información aportada, EBARA participa en la AEFBF desde 1990."

Igualmente relata la resolución impugnada en relación con el sector afectado lo siguiente:

" 29. El sector

De acuerdo con la presentación preparada por la AEFBF para la Feria SICUR 2008 del sector (folio 1473): "La AEFBF agrupa a 28 empresas del sector de fabricantes españoles y empresas extranjeras con filiales en nuestro país.

Las empresas que integran la AEFBF facturan en España más de 400 millones de Euros, cifra que podríamos decir que representa aproximadamente el 80%- 85% del mercado de bombas para fluidos". En algunas respuestas a requerimientos de información esta cifra se sitúa en 500-600 millones de euros si se incluyen repuestos (folio 4973, 5181). La AEFBF, en contestación al requerimiento de información realizado por la DI, ha señalado que entre los años 2005 a 2009 la cuota combinada de los miembros asociados de la AEFBF en el mercado de bombas de fluidos se situaría entre el 70% y el 80%,

La Comisión Europea ha considerado el mercado global de las bombas industriales distinguiendo tres sub-mercados en función de la tecnología utilizada: bombas de desplazamiento positivo, bombas centrífugas y bombas rotativas (Asunto N° IV/M. 121, INGERSOLL-RAND/DRESSER).

De la información contenida en el expediente se deduce que también es relevante una segmentación basada en el uso del equipo y el tipo de cliente final. Por su uso, cabrían diferentes aplicaciones. En su página Web la AEFBF define las siguientes: Aguas Limpias, Aguas Sucias, Edificaciones, Energía, Química y Petroquímica, Industria (resto), Servicio y Otros.

En determinados usos se utilizan bombas estandarizadas mientras que otros requieren bombas de diseño. Así, los equipos de bombeo estándar suelen tener entre otras como aplicación las infraestructuras de agua. En cambio, los clientes de energía y petroquímica suelen encargar bombas a medida. Mientras que es frecuente que las primeras se vendan a través de distribuidores o instaladores, en las bombas de diseño es más frecuente el contacto directo con el cliente final.

Las empresas pueden estar especializadas en un determinado segmento por razones de capacidad tecnológica, know-how o de relación con los clientes.

Obviamente, las empresas de un mismo segmento son competidores más cercanos y el grado de concentración por segmento de mercado resulta mayor, especialmente en aquellos de mayor sofisticación de producto.

Con todo, tanto de las respuestas a los requerimientos de información realizados por la DI, como de la propia página web de la AEFBF antes citada, se observa que las empresas tienden a diversificar su presencia en varios segmentos, fundamentalmente las de mayor tamaño. Ello lleva a que las mismas empresas compitan en diferentes segmentos.

Algunas de las partes han aportado al expediente sus estimaciones de cuota de mercado (folios 4973, 5024, 5179). Aunque estas estimaciones presentan ciertas

diferencias, coinciden en incluir como principales operadores del mercado a ITT, FLOWSERVE, GRUNDFOS, KSB-ITUR, ABS, ESPA y SULZER.

Dentro del sector de las bombas hidráulicas se encuentra definido el mercado de los equipos contra incendios (ECIs). Dichos ECIs utilizan una bomba principal generalmente en aspiración positiva, denominada en carga que conformará el corazón del equipo. La instalación del ECI se diseña para bombas horizontales en carga o cuando esto no sea posible, verticales en carga.

Los principales fabricantes de ECIs, con una cuota conjunta de más del 60% según datos del PCH, son ITUR, ESPA, MARELLI, ZEDA, GRUNDFOS y CAPRARI, IDEAL y EBARA."

TERCERO- . Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- . En el momento de dictarse la resolución el expediente había caducado por el transcurso del plazo máximo previsto en la LDC para dictar y notificar las resoluciones.

- . La resolución es nula de pleno derecho por infracción de los arts. 24 y 103 de la Constitución Española , por infracción del principio acusatorio.

- . La resolución incurre en un error en la apreciación y calificación de los hechos al imputar a la actora haber participado en un cártel, con vulneración de los principios de tipicidad y presunción de inocencia. Y ello porque no ha existido vulneración del art. 1 LDC y 101 TFUE ni se han cometido ninguna de las dos infracciones por las que se sanciona a la recurrente.

- . Manifiesta falta de motivación de las sanciones, vulneración del principio de no discriminación y del principio de proporcionalidad.

En el igualmente extenso escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado sostiene la conformidad a derecho de la resolución impugnada, oponiendo las razones por las cuales todos y cada uno de los motivos de recurso deben ser desestimados.

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

La recurrente considera que el procedimiento ha caducado al haberse notificado la resolución fuera del plazo legalmente previsto al efecto. En tésis de la recurrente, el art. 36 pfo. 1 LDC establece el plazo máximo de resolución en 18 meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, y que los plazos establecidos por meses se calcularán de fecha a fecha.

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

La segunda suspensión se declaró el mismo día 21 de marzo, y habiéndose incorporado el resultado de la prueba practica el dia 16 de mayo de 2011 entiende la

actora que es esta la fecha relevante, porque *"la causa que determinó que el Consejo suspendiera el procedimiento había dejado de existir"* o, en los términos del artículo 12.2 RDC, se había resuelto el *"incidente que dio lugar a la suspensión"* (pág. 35 del escrito de demanda, apartado 106) y no aquella en la que la CNC acordó el levantamiento de la suspensión, pues no debe incluirse en esta el periodo de alegaciones de las partes. Por lo tanto, resulta a su juicio que la suspensión no hubiera debido levantarse como se hizo el día 4 de junio de 2011, sino el día 16 de mayo de 2011, fecha de incorporación del resultado de las pruebas practicadas. Por lo tanto el nuevo plazo máximo para resolver habría pasado a ser el 10 de junio de 2011 y dado que la resolución le fue notificada el día 27 de junio de 2011 el procedimiento, al menos para la actora, habría caducado.

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

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

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

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.

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

f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.

g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"

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

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

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

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007 , se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

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

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

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

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC , resulta que en principio no está contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido

propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

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

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

QUINTO -. La actora considera que la resolución es nula de pleno derecho o subsidiariamente anulable porque la CNC, y en concreto el Consejo, se extralimitó en sus facultades. Ello, porque en su acuerdo de 18 de febrero de 2011, el Consejo no se limitó a modificar la calificación jurídica de los hechos imputados a cada interesado subsumiéndolos en un nuevo tipo, sino que alteró la propia relación de imputación entre hechos y sujetos que se fijó en el Pliego de Concreción de Hechos, faltando así al principio acusatorio y al principio de separación entre instrucción y resolución que informa el procedimiento administrativo sancionador.

La Dirección de Investigación en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 50.5 LDC y 34.2 RDC elevó al consejo de la CNC el expediente S/0185/09 y en el acuerdo proponía:

"Primero. Que se declare la existencia de las siguientes conductas colusorias del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del vigente artículo 1 de la LDC :

1. Los intercambios de información acordados entre empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF relativos a los incrementos de precios futuros y sus fechas de entrada en vigor, previsiones de producción y demanda, políticas salariales y cifras de facturación, desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 3. febrero de 2009.

2. Los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no, asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF, en relación con los ECIs con la participación de la AEFBF, desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 13 de abril de 2010

3 Los acuerdos adoptados por los órganos estatuarios de la AEFBF, en cumplimiento del acuerdo para la fijación de políticas de ventas comunes e intercambio de información adoptado en la reunión de 22 de noviembre de 2004:

a. Recomendación para la redacción de las condiciones generales de venta, aprobada en la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 10 de enero de 2006, aún en vigor.

b. Estadísticas de producción, acordadas en la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF de 30 de mayo de 2006 y remitidas el 31 de julio de 2008, y

c. Intercambio de la información relativa a las tarifas hora taller de los servicios post-venta, con el objetivo de adoptar una posible recomendación al respecto, acordado en la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 15 de enero de 2008.

Segundo. Que estas conductas colusorias se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC ."

El 18 de febrero de 2011 el Consejo de la CNC en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 LDC , procedió a realizar una modificación de la calificación jurídica realizada en el Informe Propuesta en los siguientes términos:

"a) Modificar la calificación jurídica de los hechos acreditados por considerar que los mismos hacen prueba de dos únicas conductas colusorias contrarias, en su caso, los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE .

b) La primera infracción, única y continuada, consistiría en el intercambio de información y armonización de condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos. De esta primera conducta imputada, considerada como Infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC serían, en su caso, responsables, la AEFBF y las empresas GRUNDFOS, AIGUAPRES, CAPRARI, SULZER, ITT, ABS, KRIPSOL, MARELLI. ESPA 2025 S.L. (tras la fusión de BOMBAS ELÉCTRICAS SA. y CIMSA, Control y Montajes, S.L.), EBARA, FLOWSERWE SPAIN, STERLING, HIDROTBCAR, DAB, IDEAL, ITUR, WILO, ZEDA, e HIDROTECAR.

c) La segunda estaría integrada por los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF, con participación de la AEFBF, en relación con los equipos contra incendios. Respecto a esta segunda conducta, se mantiene la tipificación e imputación de responsabilidad realizada por la DI a determinadas empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF.

d) A tenor de la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como de las empresas que las protagonizan, el Consejo de la CNC considera que las mismas son susceptibles de tener afectación sobre el comercio intracomunitario, y por tanto, procede que se analice su compatibilidad con el artículo 101 del TFUE , junto con el artículo 1 de la LDC . "

La DI en su informe de 10 de marzo de 2011 tras analizar la cuestión concluía que *"analizando los requisitos señalados en dicho artículo y por la jurisprudencia para apreciar la existencia de una infracción continuada, esta DI concluye que efectivamente se cumplen dichos requisitos"* , pues:

- 1.** Existe unidad de sujeto activo, en cuanto que se mantiene la imputación en relación con la AEFBF, así como en relación con las empresas indicadas en la Propuesta de Resolución.
- 2.** Pluralidad de acciones y omisiones.
- 3.** Que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo y,
- 4.** que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, incidiéndose en el citado Acuerdo del Consejo de la

CNC en la unidad de propósito y, en definitiva, de un plan común.

Igualmente concluye que coincide en la valoración de que está afectado el comercio intracomunitario.

La alegación de la actora, es que el Consejo le acusa de algo por lo que no fue acusada por la DI (folio 40 de la demanda *"el acuerdo de 18 de Febrero de 2011 imputa a EEB y al resto de empresas interesadas los hechos que el Pliego de Concreción de Hechos y la Propuesta de Resolución imputaron únicamente a la AEFBF"*).

La propia DI en sus alegaciones (Alegaciones de la Dirección de Investigación al Acuerdo del Consejo de 18 de febrero de 2011 por el que se modifica la calificación jurídica en el expediente S/0185 Bombas de Fluidos) entiende y deja claro que no es así: *"efectivamente en su propuesta de resolución se diferenciaba por un lado, los intercambios de información realizados entre las empresas... ..EBARA...junto con la AEFBF y por otro un acuerdo de fijación de condiciones comerciales comunes entre la totalidad de los fabricantes de equipos contra incendios (ECI) asociados en la AEFBF y EBARA y una empresa fabricante de ECI no asociada en la AEFBF -CIMSA- junto con la AEFBF"*.

Recalca la DI que se diferenciaba en su Propuesta una tercera conducta imputable a la AEFBF que englobaba los acuerdos adoptados por los órganos estatutarios de dicha Asociación, conducta que queda englobada en la primera.

Con este fundamento considera esta Sala que no ha existido la infracción denunciada, porque no puede considerarse infringido el principio acusatorio: no se han incluido hechos no recogidos en el PCH, ni se ha modificado la imputación, ni las personas imputadas. La propia actora recuerda que la calificación jurídica contenida en el PCH no es definitiva porque el art. 50.4 LDC ha previsto la posibilidad de que el Consejo efectúe una nueva calificación.

En cuanto a la separación de la fase de instrucción y decisión como garantía del procedimiento sancionador, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día 30 de enero de 2012 establece claramente la posibilidad de modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable e incluso en cuanto a los hechos. Señala el Alto Tribunal que ni la LDC ni la regulación del procedimiento administrativo sancionador ni la jurisprudencia constitucional *"avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador"*.

Y recuerda su propia jurisprudencia en concreto las sentencias de 21 de febrero de 2006 , 8 de mayo de 2006 y 27 de febrero de 2007 en las cuales, en relación con la separación entre instrucción y sanción, el Alto Tribunal examinó el sistema vigente con la Ley 16/1989:

"el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo está sujeto también al principio de separación entre los órganos instructores y los órganos que resuelven, ello ha de entenderse (según había afirmado este Tribunal Supremo con reiteración, ratifica la sentencia constitucional de 8 de junio de 1.981 y asume la Ley 30/1992) en términos adecuados a la naturaleza administrativa, no judicial, de aquéllos.

Los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por

ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

Puede asimismo el Tribunal de Defensa de la Competencia, amparado en el artículo 40 de la Ley 16/1989, acordar de oficio, en el momento procesal oportuno, la práctica de cuantas pruebas estime procedentes dando intervención a los interesados, a quienes ha de poner de manifiesto igualmente el resultado de dichas diligencias de prueba para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia."

Con este fundamento considera esta Sala que no han concurrido las infracciones denunciadas, debiendo desestimarse el correspondiente motivo de recurso.

SEXTO -. Se alega en tercer lugar que la resolución incurre en un error en la apreciación y calificación de los hechos al imputar a EEB haber participado en un cártel, vulnerando los principios de tipicidad y presunción de inocencia.

En cuanto a la definición de cártel que contiene la D.A. 4ª LDC (*A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*) la actora sostiene que ni hubo acuerdo entre las empresas asociadas de la AEFBF ni tuvo carácter secreto ni su objetivo fue la fijación de precios, cuotas de producción o de venta, reparto de mercados o cualquiera de las otras conductas descritas en dicha Disposición adicional.

Como se razonará más detalladamente si existió un acuerdo secreto entre competidores con un objeto anticompetitivo. El concepto de "*secreto*" hay que valorarlo en relación con el contexto: es obvio que no es relevante el "*secreto*" entre los participantes en la conducta ilícita, sino el "*secreto*" en relación con quienes no deben saber que los oferentes (en este caso) se han puesto de acuerdo para no competir, es decir, los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) y los consumidores y las autoridades de defensa de la competencia.

Por otra parte, si bien la existencia de la Asociación, las reuniones en su seno, recogidas en actas, no eran secretas, los mecanismos que las empresas pretendían utilizar y utilizaron bien para asegurar la ejecución de sus recomendaciones, bien para garantizar la continuidad de los intercambios de información, si eran secretas. Como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, basta con comprobar las diferencias entre lo que aparecía en las actas y lo que recogen las notas manuscritas, que permanecían disponibles entre las empresas pero no eran reveladas públicamente para apreciar que se mantenían secretas partes esenciales de estas actuaciones de las empresas del sector litigioso, entre ellas la recurrente.

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

SEPTIMO -. Se alega a continuación que no existió infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE .

En el escrito de demanda, la actora analiza de manera detallada y separada los hechos (págs 54 a 79) para sostener, en relación con la primera conducta que:

-. La recomendación de las condiciones generales de venta es una mera recomendación de la AEFB de carácter no vinculante.

-. La CNC no ha acreditado que son aptas para contrariar el art. 1 LDC y el art. 101 TFUE

-. No ha acreditado la CNC que fueran vinculantes

-. La recurrente actuó de buena fé.

-. Los intercambios de información no son restrictivos ni por objeto ni por efecto

-. La actora dio sus datos con todas las precauciones de confidencialidad y las estadísticas no tienen ni por objeto ni por efecto restricción alguna de la competencia.

En relación con la segunda conducta la actora argumenta que la resolución es incongruente y está falta de motivación, detallando (folios 80 a 99 del escrito de demanda) las razones por las cuales, a su juicio, no existió acuerdo, de existir no tendría objeto ni efectos anticompetitivos, y de existir una conducta con este objeto o efectos anticompetitivos la recurrente no sería responsable de la misma, sino que sería imputable, como decisión colectiva a la AEFBF.

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

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

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

precisamente la determinación de dichas condiciones generales de venta, elaborándose un borrador en octubre de 2005 debatido en el seno de la Asociación y aceptado por todos los asociados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

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

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

"78. Según reiterada jurisprudencia, para que un acuerdo entre empresas o una

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

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

Como la propia Comisión Europea en las citadas Directrices recuerda y se indicó más arriba, hay intercambios de información que pueden ser pro-competitivos :

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

Ahora bien: según estableció el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 20 de marzo 2002, Sgima Technologie citada,

"40 Según la jurisprudencia, una empresa que haya participado en una infracción multiforme de las normas sobre la competencia mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado y que pretenden contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto puede ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción, cuando se demuestre que la empresa de que se trata conocía los comportamientos

ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 203)."

Y añade: *"la participación de la empresa en el acuerdo de que se trate únicamente puede expresar su adhesión al cartel global en el caso de que, al participar en dicho acuerdo, la empresa supiera o hubiera debido saber que con dicho comportamiento se unía al cartel global."*

EBARA asiste a la reunión de 22 de noviembre de 2004, y se le encomienda la elaboración de una *"guía de evaluación de un responsable para la gestión profesional (RFG) de la Asociación."* Según resulta del expediente el grupo 4 hizo llegar sus propuestas en plazo.,

Igualmente se ha establecido por la DI la participación de la recurrente en los intercambios de información realizados con ocasión de reuniones de la Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria de la AEFBF, las reunión de los coordinadores de las empresas, en fechas 15 de marzo de 2006, 18 de octubre de 2006, 28 de octubre de 2008, 18 de noviembre de 2008 y 3 de febrero de 2009.

Por otra parte se ha acreditado que la actora participó en el acuerdo de fijación de condiciones comerciales comunes para la estandarización en la fabricación y suministro de los ECIs en condiciones ventajosas comparadas con las de los fabricantes no cartelizados. EBAR formó parte del grupo de trabajo que llevó a cabo las actuaciones necesarias para alcanzar el acuerdo. Esta Sala se remite expresamente a la documentación obrante en el expediente, obtenida en las Inspecciones realizadas en la sede de la AEFBF.

Resulta en consecuencia que la CNC ha probado que la actora no solo tenía conocimiento sino que participó activamente en las actuaciones anticompetitivas. Es decir: la CNC ha reunido pruebas precisas y concordantes para considerar destruido el principio de presunción de inocencia de la recurrente respecto de su participación en las conductas por las que es sancionada.

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

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

"Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tienen muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa. La recogida y publicación de datos de mercado agregados (por ejemplo, datos de ventas, de capacidades, de costes de entradas y componentes) obtenidos por una organización comercial o por una empresa de información sobre el mercado pueden beneficiar tanto a los proveedores como a los consumidores al darles una idea más fehaciente de la

situación económica del sector. Esa recogida y publicación de datos puede permitir a quienes participan en el mercado una mejor toma de decisiones individuales para adaptar más eficientemente su estrategia a las condiciones del mercado. En términos más generales, a menos de que ocurra en un oligopolio muy restringido, el intercambio de datos agregados es poco probable que tenga efectos restrictivos de la competencia. Por el contrario, el intercambio de datos individualizados facilita un entendimiento común en el mercado y unas estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado. Sin embargo, no cabe excluir que el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en mercados con características específicas. Concretamente, los miembros de un oligopolio muy restringido y estable que intercambie datos agregados que detecten precios inferiores a un determinado nivel podrían asumir automáticamente que alguien se ha desviado del resultado colusorio y adoptar represalias en todo el mercado. Dicho de otro modo, para mantener la estabilidad de una colusión no siempre es necesario que las empresas sepan quién se ha desviado, puede bastar con saber que «alguien» lo ha hecho"

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

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

OCTAVO- . En relación con la segunda infracción, la actora alega que no existió acuerdo en el sentido del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE , de existir acuerdo no tendría por objeto o efecto anticompetitivo, de existir una conducta con objeto o efecto anticompetitivo, no sería imputable como "*acuerdo*" a EEB sino a la AEFBF.

La resolución impugnada, en el fundamento sexto, detalla la relevancia que tiene "*el contexto en el que se producen tales acuerdos y su contenido*": la práctica se inicia mediante la reunión de 17 de mayo de 2005 y examinado el expediente administrativo, resulta acreditada la participación de la ahora actora.

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

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

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

conclusiones obtenidas.

Continuado con el examen de las alegaciones de la actora, sostiene que en caso de existir una conducta con objeto o efecto anticompetitivo, no sería imputable como "acuerdo" a EEB y las demás empresas imputadas individualmente por la infracción sino que sería imputable como decisión colectiva a la AEFBF.

En primer lugar porque las discusiones y decisiones sobre la adopción del modelo de calidad y el procedimiento de calificación tuvieron lugar mayoritariamente en el seno y en órganos de la AEFBF. En segundo lugar porque las discusiones sobre el sistema de calificación de los ECIs constituían una actividad asociativa, como lo demuestra el tenor del acta de la reunión de la Junta Directiva de 12 de diciembre de 2007, y, por último, porque el proyecto de adopción del Modelo de Calidad y el Procedimiento de Calificación se concibió en todo momento como un proyecto de la AEFBF y siempre se externalizó como tal.

Como pone de relieve el Abogado del Estado al contestar ala demanda, se trata de un acuerdo entre empresas realizado con la colaboración de la AEFBF. La Asociación es el marco en el que se desarrolla la cooperación entre las empresas, facilitándola y en ocasiones impulsándola, siendo la iniciativa empresarial, partiendo las propuestas, los proyectos, las enmiendas, los datos económicos etc. de las asociadas. Es igualmente relevante a estos efectos, el hecho, señalado por la DI en el PCH de que no todas las empresas participantes en el cártel sean o hayan sido asociadas a la AEFBF y que no todas las asociadas en la AEFBF participaran en el acuerdo.

NOVENO- . La actora considera que de la lectura de la resolución le *"ha sido imposible extraer los criterios utilizados por el Consejo para establecer su sanción. Lo anterior a los efectos de valorar si en efecto el cálculo de la misma fue correcto y poder reclamar en vía jurisdiccional"* (folio 101 del escrito de demanda).

En realidad lo que la parte sostiene es que debieron tenerse en cuenta las cifras que aportó el día 3 de junio de 2011 *"en el escrito de valoración de prueba"* (folios 14.211 a 14.228 citados en el folio 104 del escrito de demanda) momento en el cual *"procedió a actualizar las cifras aportadas inicialmente excluyendo del cómputo total de bombas de fluido los grupos de presión doméstico, los grupos de presión industriales y los accesorios GP y CI en tanto que no son estrictamente bombas de fluidos"*.

En este punto se encuentra el eje de la cuestión debatida: si la CNC requiere a la empresa para que aporte los datos de su negocio en relación con el sector objeto del expediente, y la empresa aporta unas cifras, cualquier modificación de las mismas debe quedar justificada, justificación que no se realizó en vía administrativa, pues no es prueba una mera valoración subjetiva relativa a la necesaria exclusión de determinados aspectos del negocio, y tampoco se ha realizado en vía contencioso-administrativa.

La CNC razonó como sigue:

"La primera de las conductas se ha calificado de cartel y se ha desarrollado respecto a la comercialización de bombas hidráulicas. Las ventas de bombas hidráulicas son por tanto la variable respecto a la que debe girar el cálculo de la sanción.

Diversas partes alegan que este volumen de negocios debería verse minorado en diferentes partidas. En unos casos se alega que no se debería incluir toda la

facturación referente a las bombas de diseño. En otros, que se deberían excluir las piezas de repuesto.

El Consejo no puede acoger estas pretensiones. Ha quedado demostrada como se expone en el Fundamento de Derecho Séptimo la participación en las conductas de aquellas expresas que dicen hacer sólo bombas de diseño. Así las cosas, no procede excluir este volumen de negocios del cómputo. Máxime cuando las condiciones generales de venta acordadas no hacen referencia ni excluyen a un tipo concreto de producto y contienen cláusulas que pueden afectar por igual a los diferentes productos, sin perjuicio de que el grado de dificultad para imponerlas a los clientes de uno u otro tipo pueda ser mayor.

De esta forma, teniendo en cuenta el volumen de negocios total en la comercialización de bombas hidráulicas, se capta mejor el peso de las diferentes empresas en el mercado. Las empresas que comercializan bombas industriales - cualquiera que sea la definición que se le diera a este concepto dado que no se ha acotado claramente por las partes- tienden a ser las de mayor facturación. La exclusión de ese volumen de negocios del cálculo del importe básico de la sanción haría la multa proporcionalmente más gravosa para las empresas de menor tamaño. Sin embargo, no ha quedado acreditado que el protagonismo de estas últimas en las conductas haya sido mayor y, de poder deducirse algo, más bien sería lo contrario.

Un razonamiento similar debe realizarse con respecto de las piezas de repuesto e incluso de los servicios post-venta, sobre los que no debe olvidarse que en un momento dado las partes se plantearon incluso fijar el precio. Tanto las piezas de repuesto como los servicios post-venta pueden verse no sólo afectados directamente por la fijación de condiciones comerciales, sino indirectamente como consecuencia de la reducción de la competencia en el mercado primario de las bombas. Esto es así porque, según describen las propias empresas, hay una cierta tendencia a que los clientes adquieran los repuestos o contraten la asistencia técnica con el fabricante o sus distribuidores autorizados."

Resulta por tanto que la Administración, por su parte, si ha razonado por qué deben incluirse los productos tenidos en cuenta, razonamiento que guarda total coherencia con los elementos probatorios obrantes en el expediente administrativo y respecto de los cuales la parte actora no ha realizado ni alegaciones ni prueba para desvirtuar la valoración extraída por la CNC para establecer la base de la multa impuesta.

La actora considera que el importe de la multa que le ha sido impuesta es desproporcionado comparando dicho importe con el que le ha correspondido a otras empresas con volúmenes de venta sustancialmente superiores, lo que a su juicio es contrario al principio de igualdad, pues *"para tratar de forma diferenciada un supuesto de hecho idéntico, resulta imprescindible una justificación objetiva y razonable, justificación inexistente en la resolución impugnada"*.

Como igualmente alega el Abogado del Estado, es preciso recordar que se está sancionando por una única conducta que se ha prolongado a lo largo del tiempo y que tiene diferentes manifestaciones. La CNC ha establecido con claridad las bases sobre las que debe calcularse el importe de la sanción, teniendo en cuenta las previsiones de la LDC y de su propia Comunicación sobre el importe de las multas, y se ha aplicado a todas las empresas con los correspondientes resultados: *"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, lo que se traduce en*

los siguientes importes redondeados".

Continúa la demanda señalando que el pago de la multa pondría en peligro la viabilidad económica de la empresa. La LDC no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

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

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

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

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

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

La duración en el tiempo de la infracción se ha calculado correctamente por la CNC: se trata de una infracción (la primera) continuada, y en consecuencia la duración de la misma se extiende desde la fecha en que tuvo lugar la primera reunión, el 22 de noviembre de 2004, hasta que finalizó la conducta. En el caso de la segunda conducta, por las mismas razones, debe tenerse en cuenta la fecha de la primera reunión en la que se inicia el intercambio de pareceres sobre la preparación de un procedimiento de certificación, que se fueron concretando con posterioridad, y esa primera reunión fue la que se celebró en el mes de mayo del año 2005.

Se ha razonado sobre la ausencia de efectos, y así la CNC señala que " *en la medida en que los acuerdos se han aplicado efectivamente a lo largo del tiempo con mayor o menor éxito, no cabe duda que han debido tener ciertos efectos, no obstante no se pueden considerar acreditados.... En todo caso la falta de acreditación de efectos no afecta a la calificación de la conducta puesto que estamos en una infracción por objeto. Pero sí debe tenerse en cuenta como dice el artículo 64, a la hora de graduar el importe de la sanción y no como una atenuante como pretenden las partes "*.

Sobre la participación de la recurrente en la primera infracción, su carácter de cártel, o la alegada falta de gravedad, la Sala se remite expresamente a lo razonado en los fundamentos jurídicos anteriores.

La CNC ha razonado igualmente el criterio utilizado, según lo dispuesto en la LDC, para determinar el importe de la multa a imponer por la segunda infracción, los acuerdos en relación a los ECIS: ha tenido en cuenta que se trata de 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), aplicando un porcentaje mínimo.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

DECIMO -. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **EBARA ESPAÑA BOMBAS S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 24 de junio de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.