

Id. Cendoj: 28079230062013100125
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/03/2013
Nº de Recurso: 385/2011
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 diecinueve de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 385/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ITT WATER AND WASTEWATER ESPAÑA S.A.** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez 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 2.373.675 euros siendo codemandado FLOWSERVE SPAIN, SL FLOWSER CORPORATION representado por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez 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 29 de julio 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 16 de marzo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino 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 12 de marzo 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:

"20. ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA, S.A.

De acuerdo con la información aportada por la empresa, ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA S.A. (antes de 2008 denominada TFB-Flygt, S.A.) es una filial española de ITT WATER & WASTEWATER AB, propiedad ésta última y controlada en última instancia por ITT CORPORATION en EE.UU. (folio 4852). ITT WATER & WASTEWATER AB es el máximo accionista de ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA S.A., con un 93,28 % de su capital social.

De acuerdo con la información disponible en su página Web, ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA, S.A. (IIT) se dedica a la venta, instalación, alquiler y servicio de Equipos de Bombeo, Filtración y Dosificación, así como también a la realización y diseño de todos los proyectos de ingeniería y estudios técnicos y económicos necesarios para la asistencia post-venta (folios 3802 a 3804).

De acuerdo con la información aportada por la empresa, ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA, S.A., se incorporó a la AEFBF en abril de 2005, siendo miembro de la Junta Directiva desde el 5 de julio de 2005 (folio 2398)."

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:

- Vulneración del principio de tipicidad por no concurrir los requisitos imprescindibles para la comisión de la conducta del artículo 1 LDC .
- Inexistencia de infracción única y continuada.
- Infracción del deber de proporcionalidad al imponer la multa.
- Caducidad del procedimiento sancionador.
- Responsabilidad exclusiva de la Asociación.

CUARTO- . Si bien la actora la suscita en último lugar ("quinto" pág. 37 y siguientes del escrito de demanda) 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.

La información reservada, en nuestro ordenamiento jurídico no está sujeta a plazo de caducidad, ni el periodo de tiempo durante el cual se lleva a cabo puede computarse a efectos de medir la duración del expediente administrativo sancionador, como estableció el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de diciembre de 2007 , examinando la cuestión en relación con un expediente de la autoridad española de Defensa de la Competencia: *"el artículo 56 LDC con claridad señala que el plazo del procedimiento ante el SDC se cuenta desde la incoación del expediente sancionador, lo que obviamente excluye del cómputo el tiempo de la información reservada"*.

En este expediente, por otra parte, no se aprecia por la Sala que la autoridad de Defensa de la Competencia haya utilizado la información reservada para una finalidad distinta para la que está prevista en la ley 30/1992 cuyo artículo 69.2 establece que *"con anterioridad al acuerdo de iniciación podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento"* . Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2007 anteriormente citada *"En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad"*.

En este caso no se aprecia por la Sala, que se haya producido esa desnaturalización de la información reservada, ni que se haya utilizado abusivamente la misma, pues si bien la solicitud de exención del pago de la multa tuvo lugar el día 14 de enero de 2009 y la misma, a juicio de la DI ofrecía información y elementos de prueba sobre los

elementos esenciales de la infracción, fue necesario examinar otra solicitud presentada el día 13 de febrero de 2009 por otra empresa, llevar a cabo varias inspecciones, y valorar la documentación obtenida en las mismas a la luz de las solicitudes de clemencia anteriores. Por eso considera esta Sala que por las concretas circunstancias que concurrían, y comprobado que en el curso de la información reservada no se practicaron actuaciones reservadas al procedimiento administrativo sancionador, debe concluirse que, como decía la STS de 26 de diciembre de 2007 citada, en este caso *"...la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior..."*.

En cuanto a la sentencia dictada por la sección 1ª de esta Sala citada por el recurrente de 17 de octubre de 2007 referida a un procedimiento sancionador de la Agencia Española de Protección de Datos, esa misma sección ha cambiado de criterio teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y así en las más recientes (sentencia de 10 de marzo de 2011, recurso 712/2009) indica: *"Por lo que respecta a la invocada utilización abusiva y fraudulenta de diligencias previas, si bien esta misma Sala y Sección, en la SAN de 17-10-2007 (Re 180/2006) que se menciona en la demanda consideró, a tenor del importante lapso temporal de paralización de las repetidas actuaciones previas que allí se produjo, que había habido una utilización fraudulenta de las mismas, lo que implicaba un supuesto de fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil), por pretender burlar la aplicación del art. 42.2 de la Ley 30/1992, usando tal solicitud de información para, con ella, evitar la caducidad del expediente sancionador. Sin embargo con posterioridad, y a partir de la SAN de 19-11-2008 (Re 90.2008) y una vez acreditado por el Abogado del Estado el importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, a través de la documentación adjuntada con la contestación a la demanda, esta Sala consideró que quebraba uno de los elementos básicos para entender incardinable el supuesto en el artículo 6.4 del Código Civil "*.

Considera la actora que el art. 36 pfo. 1 LDC establece el plazo máximo de resolución en 18 meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, y que en este caso se han producido dilaciones y suspensiones injustificadas, que traen consigo la consecuencia de que se haya excedido el plazo.

La Sala no observa tales dilaciones o suspensiones injustificadas. Se ha establecido en anteriores sentencias dictadas en litigios promovidos por otras empresas sancionadas en este mismo expediente S/0185/09 que visto el tenor literal del art. 37.1 LDC y del art. 12 RDC así como del examen conjunto de los Arts. 51.2 LDC y 36.1 RDC, al estar claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución resulta que en principio no está contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución. 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, y en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, puede admitirse y acordarse la práctica de actuaciones complementarias. En este caso, cuando se practique, los interesados pueden formular 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. Por lo tanto, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza necesariamente al momento en que finaliza el plazo que la CNC concede a los interesados para formular alegaciones en relación con estas últimas diligencias de prueba. Y en consecuencia, la suspensión no se levanta hasta que ha finalizado el periodo para formular alegaciones.

QUINTO -. El primer motivo de impugnación que recoge la demanda es que las conductas declaradas probadas no constituyen un cártel, porque no concurren los elementos tipificados en la Disposición Adicional 4ª LDC . Y ello porque no hubo acuerdo, porque no fue secreto y porque el objetivo de este no fue la fijación de precios. Considera que, si bien las conductas individualmente consideradas de las empresas expedientadas, pudieran ser contrarias al art. 1 LDC no pueden en ningún caso ser consideradas como cártel.

La D.A. 4ª LDC establece: " *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*"

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. En este caso, los acuerdos eran secretos para los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) para 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, si bien las recomendaciones fueron hechas públicas, no lo fueron los mecanismos para su ejecución, el seguimiento, ni el resto de las acciones de coordinación e intercambio de información. Igualmente resulta del expediente administrativo que existían 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, lo que permite concluir que se mantenían secretas partes esenciales de estas actuaciones de las empresas del sector litigioso, entre ellas la recurrente.

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

En todo caso, la Comisión Europea, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01) ha señalado que 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."

En este caso, no se ha practicado prueba alguna que acredite que la conducta enjuiciada es procompetitiva y que los intercambios de información fueron beneficiosos para la competencia.

SEXTO- . Se alega a continuación la inexistencia de infracción única y continuada.

Según la recurrente:

- No concurre un propósito común que confiera unidad a la pluralidad de acciones presuntamente anticompetitivas llevadas a cabo por ITT en el seno de la AEFBF.
- No existe tampoco una proximidad temporal entre las conductas imputadas.
- No existe unidad de sujetos activos idénticos.
- No existe homogeneidad en el modus operandi utilizado para realizar la conducta.

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

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

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

apartado 83).

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

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

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

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de marzo de 2008 , igualmente dictada en materia de derecho de la competencia, recuerda en primer lugar que hay que distinguir entre lo que es la mera apreciación de los hechos a la luz de las pruebas practicadas, y lo que es la calificación jurídica de la conducta infractora una vez establecidos los hechos probados. Y en segundo lugar, centra el eje de la valoración de la conducta en la unidad de designio o designio común: dice el Alto Tribunal, y esta Sala considera que es precisamente lo que ha ocurrido en este supuesto que "los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material" (en aquel caso a la fijación de tarifas en este a la fijación de condiciones comerciales).

Continuando con los razonamientos de dicha sentencia, el Alto Tribunal recuerda que

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

Y termina señalando:

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

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

El análisis de la conducta enjuiciada, para valorar las alegaciones de la recurrente a luz de estas precisiones jurisprudenciales permite concluir que la CNC ha calificado la conducta correctamente como infracción continuada porque:

- . Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva en cuanto a su actividad empresarial en el mismo sector) participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de sus productos. Hay un plan común para limitar el poder negociador de los clientes tratando de imponerles condiciones comerciales.

- . La armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.

- . Las actuaciones presentan un vínculo de complementariedad: se ha acreditado que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia y contribuyen, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia que se han producido o pueden producirse. Las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar.

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, "

intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo " (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

Tal es el caso de la conducta de la empresa actora, dadas las características de las reuniones celebradas y de la información intercambiada, tal y como son analizadas por la CNC en la resolución enjuiciada. La CNC expresamente razona que lo relevante es la elaboración de una estrategia común, la contribución a esta estrategia, y la correspondiente participación en la infracción. Por lo tanto ha quedado acreditada la existencia de un propósito común que confiere unidad a la pluralidad de acciones anticompetitivas llevadas a cabo por, entre otras, la empresa actora.

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

En cuanto al tiempo en que se desarrolla la conducta, el propio Tribunal General en la sentencia de 27 de junio de 2012 estableció que la proximidad temporal puede no incidir en la valoración de una infracción como continuada:

"(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). "

En relación con la supuesta inexistencia de unidad de sujetos activos se ha acreditado que la conducta enjuiciada fue llevada a cabo tanto por la Asociación como por los empresarios asociados, participando en los intercambios de información y que como señaló el Tribunal General en la sentencia dictada el día 16 de junio de 2011 (asunto T-240/07 Heineken) *"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"*.

Por último, existe homogeneidad en el modus operandi utilizado para llevar a cabo la conducta, pues aunque los métodos empleados son en ocasiones diferentes, la homogeneidad viene dada como se ha razonado más arriba, por la unidad de fin de dichos comportamientos. Tanto la fijación de condiciones comerciales, como los intercambios de información iban dirigidos a la armonización de condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos.

SEPTIMO- . La actora sostiene que la recomendación de condiciones comerciales y los intercambios de información no constituyen una infracción por objeto de los artículos 1 LDC y 101 TFUE . Y que, en todo caso la recomendación de precios reúne

los requisitos de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE .

Según la actora, para que un acuerdo de cooperación horizontal sea considerado una infracción por objeto del art. 1.1 LDC o del art. 101.1 TFUE deben concurrir alguna de las siguientes circunstancias: que el acuerdo tenga por objeto la fijación de precios o el reparto del mercado, o si el acuerdo no tiene tal objeto, que por su propia naturaleza tenga la aptitud necesaria para restringir la competencia, es decir, que tenga la capacidad de producir efectos restrictivos de la competencia en el mercado considerado. Mantiene que no cumplen las conductas enjuiciadas ninguno de los dos requisitos.

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.

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

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

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

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

- . la modificación de las condiciones generales de venta para vincular la aceptación del pedido a la cobertura de riesgo por parte de las entidades aseguradoras en el

momento de recibirse el mismo.

- la recopilación de información sobre las tarifas post-venta para crear una hoja de recomendaciones de precios por hora trabajada por parte de los operarios de las empresas pertenecientes a la Asociación.

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

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

Así resulta también de la documentación obrante en el expediente (escrito presentado por FLOWSERVE folio 5057): "*Los principales elementos de competencia con los competidores más cercanos son los periodos 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)."

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 1 LDC y de una infracción del art. 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.

Con fundamento en las razones expuestas debe concluirse igualmente que estas conductas no resultan exentas por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE .

Una vez más es preciso recordar que no cabe analizar aisladamente las concretas conductas como se hace en el escrito de demanda: recomendación, limitación de plazos de pago a 90 días, estadística general de ventas o estadística de producción, intercambio de información sobre tarifas relativas a servicios post-venta, intercambios de información sobre incrementos globales de tarifas, porque tuvieron lugar todas estas conductas en conjunto con la finalidad de coordinar y armonizar la política comercial de las empresas del sector.

En cuanto a la relevancia, a los efectos estudiados, del carácter "agregado" de la información, 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).

OCTAVO- . La actora sostiene que no hubo infracción en los acuerdos de estandarización relativos a ECIS.

La CNC considera que el procedimiento de Calificación y el Modelo de Calidad de la AEFBF cuya finalidad (según se indica en el mismo) es 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.

Estas cláusulas no se justifican por la adopción de un estándar de calidad y vienen referidas a:

- La interpretación de normas: si no es resuelta por el Organismo emisor de la Norma será resuelta por los técnicos de la AEFBF.

- El 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.

- Existencia de 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 sean indeterminados, que el procedimiento de adopción del estándar no ha sido transparente y otros factores cuya suma conlleva 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 .

La actora entiende que se trata de elaborar un modelo de calidad, con el objetivo de acreditar que las empresas que sigan un determinado proceso de fabricación y venta cuente con una cierta garantía de calidad. Y con base en las Directrices Horizontales, el modelo de calidad no constituye una restricción de la competencia, porque cumple con los requisitos de transparencia y no discriminación que estas mencionan.

Como ya señaló esta Sala en anteriores sentencias, (sentencia de 25 de febrero de 2013, recurso 390/2011):

"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 consideren satisfactorias", 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 se 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."

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 de facto que las empresas deberán cumplir para vender en el mercado."

Continuando con los motivos de impugnación alegados por la recurrente, como "sexto" (pags. 39 y siguientes del escrito de demanda) sostiene que la resolución vulnera los arts. 1.1 y 61 LDC así como el principio non bis in ídem porque si las conductas imputadas se considerasen como infracciones de la LDC serían en todo caso responsabilidad de su "verdadero y único autor, la AEFBF".

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.

No se aprecia la concurrencia del principio non bis in ídem, con fundamento en que si la AEFBF no pagara la multa ITT tendría que pagarla. El principio al que acude la actora requiere, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento para apreciar que ha tenido lugar la duplicidad de sanciones. En este caso no existe tal triple identidad, y, por otra parte, se ha impuesto una sanción a la Asociación pero no se ha declarado responsable solidario o subsidiario del pago de la multa a la recurrente.

NOVENO -. Se alega a continuación que ha habido manifiesto error en el cálculo de la multa impuesta y la infracción del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción que le ha sido impuesta.

La recurrente sostiene que la facturación valorada por el Consejo para calcular la multa impuesta a ITT es errónea porque debió tomarse como referencia un importe mucho menor, habiendo incluido otros elementos distintos de las ventas hidráulicas.

Y la falta de proporcionalidad vendría determinada porque la resolución se contradice al no reflejar la falta de efecto alguno en la cuantificación de la multa impuesta a ITT. Por otra parte, considera que ante la falta de efectos de la infracción, el porcentaje considerado para el cálculo de la multa no debiera ser más del 1,5% de su facturación en el mercado presuntamente afectado, debiendo reducirse la multa impuesta adicionalmente otro 50% resultando un máximo de 550.000 euros.

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

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

- . Durante los ejercicios en que se le imputa la infracción de acuerdo con lo recogido en el fundamento de derecho séptimo.

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

En cuanto a la alegación relativa a la falta de producción de efectos el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 2012 TOMRA razona que:

"104 Conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha juzgado reiteradamente que la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que las decisiones relativas a otros asuntos sólo tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones (véanse las sentencias de 21 de septiembre de 2006 , JCB Service/Comisión, C-167/04 P, Rec. p. I-8935, apartado 205, y de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P , C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 233).

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

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

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

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

dice el artículo 64, a la hora de graduar el importe de la sanción y no como una atenuante como pretenden las partes ".

El examen del expediente permite comprobar que (folios 6843 a 6845) le fue requerida a la hoy actora información sobre su facturación. Y en respuesta a este requerimiento (expediente confidencial folio 13175) aportó los datos solicitados, datos sobre los cuales se ha basado la CNC para calcular el importe de la multa.

Se aporta:

a) "volumen de negocios de la empresa antes del IVA total y en España correspondiente al ejercicio de 2010... facturación total de la empresa y no solo la referente a las bombas de fluidos";

b) bombas de fluidos en el ejercicio 2010";

c) volumen de negocios de la empresa en España antes del IVA correspondiente a los equipos contra incendios en los ejercicios 2009 y 2010;

d) volumen de negocios total del grupo.

La resolución señala que " 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."

Y "En lo que se refiere a los acuerdos en relación a los ECIS, de nuevo estamos ante una conducta calificada de muy grave, si bien el Consejo no le ha reconocido la naturaleza de cartel."

El volumen de negocios afectado por la infracción es el de los equipos contra incendios. Dado que la infracción se extiende durante varios periodos, se toma en cuenta el volumen de negocios de cada ejercicio cuando se tiene y, en caso contrario, se imputa a cada año del periodo el volumen de negocios que la empresa ha facilitado, todo ello a efectos de calcular el volumen de ventas afectado del periodo."

La empresa ahora actora proporcionó los datos sobre los que se ha calculado la multa, y si bien ahora aporta otros datos diferentes, no justifica por qué en el momento en que fue requerida por la CNC para aportar datos sobre su facturación en los distintos aspectos de su negocio dio una información y ahora da otra, falta de justificación que impide a esta Sala concluir, como pretende la recurrente, que son estos nuevos datos los que deben tomarse en cuenta para calcular la sanción de multa.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado en el extremo que ha sido objeto de recurso.

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 **ITT WATER AND WASTEWATER ESPAÑA 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.