

Id. Cendoj: 28079230062013100160
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/04/2013
Nº de Recurso: 395/2011
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 doce de abril de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 395/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **KRIPSOL HIDRAULICA S.A.** representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado 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 212.500 euros. Se ha personado como codemandando FLOWSEVE SPAIN y FLOWSERVE COROPORATION representadas por el Procurador Sr. Abajo 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 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 2 de noviembre de 2011 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, no se imponga multa alguna o se

sustituya por una que tenga en cuenta la reducida participación de la actora en la conducta litigiosa, la falta de implementación de los acuerdos y la falta de culpabilidad directa.

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.

La codemandada no presentó escrito de contestación a la demanda.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la testifical 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 9 de abril 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:

"1.KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A.

De acuerdo con la información disponible en su página Web, KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. (KRIPSOL) es una empresa española productora de bombas centrífugas y equipos de presión.

KRIPSOL es una sociedad unipersonal constituida en marzo del año 2001, siendo su administrador y accionista único KRIPSOL GESTIÓN, S.L. En cuanto a la estructura accionarial de KRIPSOL GESTIÓN S.L., los dos máximos accionistas son personas físicas independientes (folio 2114, 4699)

Las principales áreas de negocio son la producción y venta de grupos contra incendios y, en menor medida, la producción y ventas de grupos de presión y la comercialización de electro-bombas domésticas. Los grupos contra-incendios y de presión se venden en casi su totalidad a instaladores, las electrobombas domésticas se vende a distribuidores, instaladores y a empresas que lo usan como componente en equipos más complejos.

KRIPSOL HIDRÁULICA S.A. es miembro de la AEFBF desde abril de 2006 (folios 2114

y 4693)."

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."

En la parte dispositiva la CNC declara que:

1-. se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y por el artículo 101.1.a del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde 2004 hasta, al menos, 2009 de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo junto con la AEFBF, entre otras, KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L.

2-. Declarar que el Procedimiento de Calificación para ECIs y el Modelo de Calidad de la AEFBF tal y como han sido formulados contienen cláusulas restrictivas de la competencia y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo junto con la AEFBF entre otras, KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L.

TERCERO- . Procede examinar con carácter previo la alegación relativa a la infracción de las reglas del procedimiento administrativo sancionador, en primer lugar, (folio 8 del escrito de demanda) 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 por el "*cierre tardío de la fase de instrucción por la DI*" pues esta tuvo lugar el día 21 de septiembre de 2010, doce meses y cinco días después de haberse iniciado formalmente el expediente. Y alega igualmente la caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo previsto por la LDC.

El examen del expediente pone de manifiesto lo siguiente:

- . El acuerdo de incoación se dicta el día 16 de septiembre de 2009.
- . El día 21 de septiembre de 2010 se cierra por la DI la fase de instrucción, habiendo transcurrido 12 meses y 5 días.
- . El 18 de febrero de 2011 (quedando 26 días para la finalización del plazo máximo para resolver) el Consejo acordó la modificación de la calificación jurídica de los hechos concediendo un plazo de 15 días para alegaciones suspendiendo el plazo máximo de

procedimiento. El plazo quedó suspendido hasta el 16 de marzo de 2011 conforme al acuerdo del Consejo de 21 de marzo de 2011.

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

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

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

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

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

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

Resulta en consecuencia que la caducidad del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia tiene lugar cuando han transcurrido 18 meses sin que haya recaído resolución alguna en el expediente. Ahora bien: el hecho de que la fase de instrucción haya superado en este caso el plazo de instrucción del expediente establecido en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (12 meses) no trae la consecuencia que propugna la actora de caducidad del procedimiento. El precepto en cuestión anuda la caducidad al transcurso de 18 meses en total, lo que confirma el art. 38.1 de la Ley 15/2007 que establece la consecuencia de la caducidad sólo para el supuesto en que se supere el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente sancionador. La Dirección de Investigación por tanto ha vulnerado una norma reglamentaria, pero esa infracción del plazo de duración de la instrucción no tiene la consecuencia que pretende el recurrente

consistente en la caducidad del procedimiento al no estar prevista en la LDC.

En cuanto a la segunda alegación de caducidad, por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo previsto por la LDC, no puede apreciarse en virtud de lo dispuesto en la normativa de aplicación, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

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 esta 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.

CUARTO -. La actora considera que ha tenido lugar una incorrecta aplicación de las reglas de clemencia previstas en la LDC, porque la aplicación del art. 65 LDC queda supeditada de forma expresa a la existencia de un cártel, y no se ha demostrado en modo alguna la existencia de este.

Este motivo de impugnación está de hecho directamente relacionado con el fondo del asunto, pues entiende la parte que no hay un cártel, y solo por esta razón la aplicación del art. 65 está *"absolutamente injustificada"* .

En los fundamentos jurídicos posteriores se examinará la calificación de las conductas enjuiciadas por la CNC, pero en todo caso, la actora carece de legitimación para impugnar la consecuencia de la aplicación de las normas de clemencia, que no es otra que la exención del pago de la multa a la empresa que presentó la solicitud correspondiente, ya que tal exención no afecta a la esfera jurídica de la hoy actora.

Se alega igualmente la incorrecta tramitación del procedimiento sancionador frente a KRIPSOL GESTION SL. que se la declara responsable solidaria de una sanción sin haberse dado a esta empresa la posibilidad de defenderse, no habiéndose notificado las resoluciones adoptadas en el procedimiento administrativo sancionador.

El artículo 61.2 LDC establece:

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

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

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: *" el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa*

infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."

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

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

En este caso, en vía administrativa, como resulta de la propia resolución impugnada, KRIPSOL tuvo la oportunidad de alegar que no existe la supuesta unidad económica, ni la falta de autonomía en la toma de decisiones, que son las razones por las que se declara la responsabilidad de la empresa matriz. De hecho consta en el folio 99 que "*KRIPSOL argumenta que su matriz KRIPSOL GESTIÓN S.L. es un mero holding de participaciones, que no influye en absoluto sobre la marcha del negocio, luego no procede imputarle responsabilidad.*"

Y la CNC da respuesta a tal alegación en los siguientes términos:

"En los casos en que se ha considera responsable solidaria a la matriz, hay empresas que argumentan que no se demuestra el control de la matriz sobre la filial y/o que la filial es realmente independiente desde un punto de vista comercial (FLOWSERVE, ITT ABS, KSB-ITUR, GRUNDFOS)

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

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

*El precepto español es un reflejo de la doctrina comunitaria, que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo. En concreto, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción "*iuris**

tantum" de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08).

La DI ha argumentado que en los casos en que se ha imputado responsabilidad a la matriz nos encontramos en dicha situación, sin que las empresas hayan aportado elementos de hecho que rebatan esta presunción debidamente."

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

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

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

QUINTO- . Se alega que la CNC ha aplicado de forma manifiestamente incorrecta la LDC y el TFUE generando indefensión e infringiendo los principios del derecho administrativo sancionador.

Y ello por las siguientes razones:

2.1 (pago. 18 del escrito de demanda) Respecto de la primera infracción imputada a Kripsol, inexistencia de fijación indirecta de precios a partir de los intercambios de información confidencial entre competidores miembros de la AEFBF.

2.2 (folio 44 del escrito de demanda) respecto de la primera infracción imputada a Kripsol, inexistencia de coordinación de comerciales entre los miembros de la AEFBF derivada de la recomendación sobre condiciones generales de venta de enero de 2006.

2.3 (folio 68 del escrito de demanda) respecto de la primera infracción imputada a Kripsol, inexistencia de una conducta infractora única y continuada englobando las prácticas antes descritas desde octubre de 2006 hasta febrero de 2009.

2.4 (folio 81 del escrito de demanda) respecto de la segunda infracción imputada a la actora, errónea aplicación de la LDC por inexistencia de un acuerdo con objeto restrictivo de la competencia de fabricantes de equipos contra incendios en los

términos descritos por la CNC.

2.5 (folio 106 del escrito de demanda) sobre la incorrecta atribución de responsabilidad sobre Kripsol respecto de las conductas mencionadas desarrolladas en el seno de 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.

En este caso lo relevante es el conjunto de las actuaciones, y la participación de un número importante de empresas: si se miniaturizan los elementos de hecho, se aíslan y se valoran individualizadamente, si se ignora el número de las empresas que participaron en la conducta y se personaliza en una única empresa, se obtiene la consecuencia que propugna la actora. La Administración ha acreditado en el expediente un conjunto de hechos que no pueden ser diseccionados y aislados como pretende la demandante, porque integran una única actuación que tiene una única finalidad, el intercambio fluido y continuado en el tiempo de información comercial relevante, para unificar la política comercial de quienes debían competir.

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 práctica por la que es sancionada la recurrente reúne los requisitos establecidos en la definición que recoge la Disposición Adicional Cuarta de la ley 15/2007: según la Comisión Europea , (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 hay que partir de la base de que pueden revestir diferentes formas, y una de ellas es aquella en la que los competidores comparten los datos de forma indirecta a través, por ejemplo, de una asociación comercial.

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

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

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

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

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

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

manera sensible; basta con demostrar que dicho comportamiento puede tener dicho efecto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92 , Rec. p. II-289, apartado 235).

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

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

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)" incluye la referencia al carácter secreto del acuerdo. Este concepto de "secreto" hay que valorarlo en relación con el contexto: es obvio que no es relevante el "secreto" entre los participantes en la conducta ilícita, sino el "secreto" en relación con quienes no deben saber que los oferentes (en este caso) se han puesto de acuerdo para no competir, es decir, los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) y los consumidores y las autoridades de defensa de la competencia.

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

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

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

"57. El intercambio de información es una característica común a muchos mercados

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

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

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

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

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

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

La actora alega que en todo caso sería aplicable el art. 1.3 y 4 LDC y que la conducta merece una exención porque es una medida dirigida principalmente a promover el efectivo cumplimiento de la ley 3/2004. La ley en cuestión como señala la recurrente (Pág. 61) pretende, entre otras cosas, luchar contra la morosidad, para mejorar la competitividad. Resulta que, en este caso, y como se ha señalado más arriba, la conducta afecta a las condiciones generales de venta, que incluyen las condiciones de formalización del pedido, detalles sobre el alcance de los precios acordados, las condiciones de entrega del producto, los conceptos que deben ser facturados de manera autónoma, como el coste del almacenaje o la puesta en marcha del equipo, el importe de las cláusulas de penalización las 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 y por último, los plazos y forma de pago.

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Y precisamente la ley 15/2010 recuerda en su exposición de motivos que "*resulta particularmente importante en la presente Ley, suprimir la posibilidad de pacto entre las partes , la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, "*

Resulta en consecuencia que, lejos de justificar la exención pretendida, la normativa contra la morosidad se opone a prácticas como las enjuiciadas.

Como ya señaló esta Sala en la sentencia dictada el día 25 de febrero de 2013 en relación con este mismo expediente de la CNC:

"En cuanto a los plazos de pago, señala el recurrente que pretendía acabar con los plazos de pago abusivos mediante la aplicación de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La Ley 3/2004 en la fecha de los hechos establecía en el artículo 4 referido a "Determinación del plazo de pago" 1." El plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiera pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable y, en su defecto, el establecido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. El plazo de pago, a falta de pacto entre las partes, será el siguiente: a) Treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente". Por lo tanto se establecía como primer criterio la libertad de pacto y de forma subsidiaria se fijaba un plazo. En las CGV se contiene una remisión expresa a la Ley 3/2004 pero no en cuanto a los plazos de pago sino en caso de incumplimiento del plazo establecido. Así se señala en el apartado 4 referido a los pagos que "En caso de que el pago no sea atendido en la forma y fecha convenidas se aplicará lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Por lo tanto en relación a los plazos de pago no se ajustaba a lo establecido en la Ley 3/2004 que establecía una libertad de pactos.

Ciertamente esas recomendaciones fueron públicas (se incluyeron en los contratos o

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

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

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

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

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

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros

comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

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

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

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

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

Y termina señalando:

" Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución

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

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

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

- . Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva 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. Es evidente en este caso la complementariedad de los datos intercambiados, pues es precisamente la suma de los mismos la que contribuye a formar una imagen del proyecto de comercialización de cada empresa completa y fidedigna, con el consiguiente riesgo para la competencia.

- . Que esta armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.

- . Que, según la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 12 de diciembre de 2007 BASF y UCB) debe analizarse si las distintas actuaciones relacionadas con la infracción única y continuada presentan un vínculo de complementariedad, de manera que resulte acreditado que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia y contribuyen, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia que se han producido o pueden producirse. Es así en este caso: las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar.

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, " *intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que*

estaba dispuesta a asumir el riesgo " (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

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

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

SEPTIMO- . Sobre la segunda infracción, la actora alega (folio 81 y siguientes del escrito de demanda) que se han sancionado meras reflexiones, intenciones o conatos de acordar algo, ignorando nuevamente el más elemental deber de la Administración de ajustarse al principio de legalidad y tipicidad aplicable en derecho sancionador.

La actora considera igualmente que dadas las eficiencias que puede generar en el mercado en caso de implementarse un proyecto con el de autos, los evidentes beneficios que puede suponer para los usuarios de ECIs y terceros afectados por su buen funcionamiento permitirían la aplicación del art. 1.3 LDC y 101.3 TFUE .

El Tribunal General de la Unión Europea en la sentencia de 16 junio 2011 (asunto T-240/07 , Heineken Nederland/ Comisión) recordó que:

" (45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE), apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)".

Es decir: para que exista esta infracción no es necesario que se hubiera alcanzado un consenso sobre los elementos específicos del proyectado acuerdo y se decidiera ponerlo en práctica sino que basta con que se celebraran reuniones dirigidas a alcanzar un acuerdo contrario a la competencia.

En este expediente se ha probado que, sin perjuicio de que pudieran perseguir otros, uno de los objetivos buscados por las empresas al trazar este sistema de calificación era el establecimiento de ciertas barreras a la entrada a determinados competidores reales o potenciales.

Las manifestaciones de las empresas a lo largo del período de gestión del proyecto lo ponen de relieve. Frente al argumento de que este deseo de restringir la entrada a otras empresas se basaba en motivos de seguridad debe señalarse que a tales efectos estaba vigente una normativa de seguridad.

Por otro lado desde la reunión de mayo de 2005 en Valencia, quedan patentes las razones económicas y de control de precios que esta iniciativa encerraba: en dicha reunión de Valencia debaten cuestiones relativas a la situación del sector y a aspectos

comerciales relacionados con costes, precios y márgenes. Se habló de " *concertar acciones tanto económicas como técnicas para, por un lado mejorar los resultados y por otro (no menos importante) protegerse de una competencia, que atraídos por la importancia de la demanda, no cumpliera los requisitos comentados* " (HP 76). En este marco se apunta la idea de promover un procedimiento de calificación o certificación, de que las ofertas reflejaran el alcance del suministro o darse a conocer mutuamente las tarifas de ECIs. El hecho de que no se pusiera en marcha el modelo no significa que no existiera acuerdo ya que durante todo este periodo las empresas se han coordinado y han ido alcanzando acuerdos sobre el Modelo, algunos de los cuáles, como los relativos a la Puesta en Marcha, suponen la fijación de condiciones comerciales. Por otro lado, hay que tener presente que la razón aparente de que esta iniciativa no se perfeccionara radica en el hecho de que la DI realizó las inspecciones.

La circunstancia de que el Procedimiento de Calificación no se pusiera en práctica ha sido valorada para cuantificar el alcance de la infracción y la correspondiente sanción.

Como igualmente se razonó en la sentencia de esta Sala de fecha 25 de febrero de 2013 citada:

"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."

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

a) Ha quedado acreditado que el PCMC contribuyen a mejorar la producción y comercialización de bienes y servicios de las empresas afectadas. La falta de control administrativo en relación con la aplicación de las normas poco claras que deben cumplir los ECIs vendidos en el mercado conllevaron la entrada y suministro

descontrolado en el mercado de productos que no cumplieran con la normativa aplicable. Si se cumpliera el objeto del PCMC deberían mejorarse sin duda las condiciones de distribución y de producción de ECIs al aportarse claridad en cuanto a las normas que deben cumplir, mejorándose el nivel de seguridad de los mismos.

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

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

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

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

La actora alega en último lugar, la incorrecta valoración de la duración de esta infracción, pues se están sancionando los estadios previos a la conclusión del acuerdo. Como se ha venido razonando, es el conjunto de las actuaciones lo que constituye la conducta por la que se sanciona, y estas actuaciones, que desembocaron en un acuerdo, son preparatorias y completan el elemento objetivo de la infracción.

OCTAVO -. La actora considera que sólo debe declararse responsable a la AEFBF de las conductas imputadas ya que es en el seno de la AEFBF donde se han desarrollado las iniciativas sobre intercambio de información, estadísticas de mercado y recomendación de condiciones generales de venta y el proyecto de sistema de calificación voluntaria de fabricantes. Recuerda que la responsabilidad exclusiva de las asociaciones ha sido confirmada por la CNC en numerosos expedientes sancionadores muchos de ellos citados en la propia Guía para Asociaciones Empresariales.

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 se han lesionado sus derechos fundamentales como los que garantizan un trato no discriminatorio, y la ausencia de actuación arbitraria de los poderes públicos, por falta de respeto a los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción. La sanción impuesta es a su juicio claramente desproporcionada.

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

En relación al cálculo de la sanción por la primera conducta referida a los bombas hidráulicas, el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 3% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo (volumen de negocios total en la comercialización de bombas hidráulicas). Para el cálculo del volumen de ventas afectado ha tenido en cuenta la facturación de bombas hidráulicas de cada empresa durante los ejercicios en que se le imputa la infracción. Para graduar la sanción ha valorado que las empresas han ejecutado la conducta: han alcanzado acuerdos y han implementado mecanismos de seguimiento si bien considera que no se han acreditado los efectos (al respecto señala que lo que se argumenta en la sección del análisis de los efectos de la Propuesta de Resolución no deja de ser el razonamiento sobre la aptitud de la conducta para tener efectos, pero no un análisis de los efectos de la misma basado en parámetros y variables observables). No ha aplicado a la recurrente ninguna circunstancia agravante ni atenuante. La sanción impuesta a la recurrente ha sido de 177.000 euros

En relación al cálculo de la sanción por la segunda conducta (equipos de incendio) el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 1% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo (equipos de incendios). Para graduar la sanción se ha tenido en cuenta que la coordinación entre empresas competidoras ha tenido lugar a lo largo del tiempo y ha resultado en acuerdos que, o bien no se han ejecutado (procedimiento de calificación) o si lo han hecho no se ha acreditado dicha ejecución (facturación de la puesta en marcha como concepto independiente). El importe de la sanción es el caso de la recurrente es de 35.500 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. En relación con la primera infracción *"- KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L. desde el 18 de octubre de 2006 hasta el 3 de febrero de 2009."* Y en relación con la segunda infracción *"- KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L desde febrero 2006 a febrero 2009."*

La valoración de la CNC es conforme a derecho: se ha tenido en cuenta la fecha en la que se ha probado tuvo inicio la participación de la recurrente en cada caso. En cuanto a la trascendencia de la "iniciativa" se trata de conductas en las que lo relevante es precisamente la participación de los operadores con poder económico en el sector, lo que relativiza la alegada trascendencia de la "implicación activa o pasiva" alegada. Por otra parte, la infracción está integrada por una pluralidad de conductas que no se desarrollan todas durante el mismo espacio temporal pero todas obedecen a una idea común de coordinación para homogeneizar o intercambiar variables que suponen parte del coste efectivo de la transacción y por tanto procede situar la fecha de inicio de la infracción tomada en su conjunto en el momento en que se inician actuaciones para conseguir esa finalidad. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada). Sentencia de 16 junio 2011 . En el asunto T-240/07, Heineken Nederland/ Comisión " (45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE), apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)". Por tanto se considera correcto considerar como fecha de inicio la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2004 por fabricantes y empresas comerciales españolas de Bombas de Líquidos y Gases en la que " se propone convertir la asociación en un auténtico forum de intercambio de información sobre el sector, convertirla en un grupo con poder de lobbying, crear políticas de ventas comunes " realizándose actuaciones a partir de esa fecha espaciadas en el tiempo tendentes a conseguir ese objetivo. En todo caso, la CNC ha tenido en cuenta las concretas fechas en que tuvo lugar la participación de la actora en las conductas sancionadas.

En cuanto a la alegación relativa a la falta de producción de efectos esta circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por la CNC a la hora de establecer el porcentaje de las multas.

El Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 2012 TOMRA razona que:

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

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

En cuanto a la relación entre el importe de la sanción y los resultados económicos, la actora señala que el límite establecido tanto por la LDC como por el Reglamento 1/2003 a la potestad sancionadora de las autoridades de defensa de la competencia persigue garantizar la consecución de un efecto disuasorio (Pág. 113 del escrito de

demanda) derivado de la actuación de dichas autoridades *"lo que no debe confundirse con el efecto aniquilador o destructivo que derivaría de una actuación de las autoridades que, más allá de sancionar prácticas anticompetitivas, provocaría la desaparición de las empresas destinatarias de sus sanciones"*.

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

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

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

En estos casos lo que ha hecho la Comisión es aplicar el artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35) que establece que *"En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo*

podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediabilmente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor".

El apartado 35 ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas: análisis de estados financieros de los últimos años, las previsiones del ejercicio y los futuros, coeficientes que miden la solidez financiera, la rentabilidad, la solvencia, la liquidez. (Decisiones de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 2009, asunto COMP/38589, de 20 de julio de 2010 asunto COMP/38866, de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092, de 30 de junio de 2010 asunto acero de pretensado COMP/38344). Su aplicación además de la solicitud del interesado requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) la existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos en los que opera la empresa sancionada;

2) que el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos sean causados por el pago de la multa y no por otros factores;

3) que conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos.

La prueba corresponde aportarla a la interesada.

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

"(189) De ello se desprende que el mero hecho de que la imposición de una multa por haber infringido las normas sobre competencia pueda provocar la situación concursal de la empresa de que se trate no basta para la aplicación del apartado 35 de las Directrices (LCEur 2003, 1). En efecto, de la jurisprudencia citada en el apartado 187 anterior resulta que, si bien el concurso de una empresa perjudica a los intereses financieros de los propietarios o de los accionistas afectados, ello no significa necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Ésta puede continuar a existir como tal, ya sea, en caso de recapitalización de la sociedad declarada en concurso de acreedores, como persona moral que garantiza la explotación de dicha empresa, o, en caso de adquisición global de los elementos de su activo, y en consecuencia, de la empresa como entidad que ejerce una actividad económica, por otra entidad. Tal adquisición global puede producirse o bien por una compra voluntaria o bien por una venta forzada de los activos de la sociedad concursada con el mantenimiento de la explotación".

En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de

la empresa. Por otra parte el interesado no puso de manifiesto durante la tramitación del expediente que la posible multa que se le pudiera imponer (no conocía su importe, pero sí cual era el límite máximo) incidiera en su situación financiera-patrimonial de tal modo que le impediría continuar su actividad empresarial. El hecho de que se afirme que la multa es hasta cuatro veces superior a sus resultados económicos del ejercicio 2010 no es bastante, en el marco jurídico y jurisprudencial expuesto, para anular o reducir el importe de las multas litigiosas.

En relación con la alegada falta de motivación, la Administración ha acreditado y razonado sobre los elementos tenidos en cuenta para imponer las sanciones. Esta Sala se remite expresamente a los razonamientos contenidos en los anteriores fundamentos jurídicos.

En cuanto a la alegada infracción del principio ne bis in ídem, porque según sostiene la recurrente, será doblemente sancionada, porque lo es a través de la AEFBF además de individualmente, este 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.

De cuanto queda expuesto, resulta la desestimación del presente 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. El recurso se interpuso antes de la entrada en vigor de la reforma del texto de dicho precepto legal.

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 **KRIPSOL HIDRAULICA 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 Iltrma. 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.