

Id. Cendoj: 28079230062013100269
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/05/2013
Nº de Recurso: 397/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia. (2 conductas, 2 infracciones)

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a treinta de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 397/2011 se tramita a instancia de las entidades **CAPRARI S.P.A Y BOMBAS CAPRARI S.A.** representadas por los Procuradores D. Ignacio Cuadrado Ruescas y D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de junio de 2011, sobre **sanciones**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandadas** FLOWERSE SPAIN Y FLOWERSE CORPORATION, entidades representadas por el Procurador D. Francisco Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

1 . La representación procesal de **CAPRARI S.P.A** interpuso recurso contencioso-administrativos ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 29 de julio de 2011 (indicar que en la misma fecha la representación procesal de **BOMBAS CAPRARI S.A.** , interpuso recurso contencioso-administrativo que se registró con el número 405/2011 que por auto de fecha 19 de diciembre de 2011 ha sido acumulado al anterior); admitido a trámite y reclamado el expediente se les dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPlico A LA SALA, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en la representación interesada, por deducida **DEMANDA contencioso administrativa** contra la Resolución dictada por el Consejo de la COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA con fecha 24 de junio de 2011, en relación a los particulares que afectan a BOMBAS CAPRARI, S.A. y solidariamente a su matriz, **caprari S.P.A.** y en su virtud, previos los trámites de rigor que la Ley de la Jurisdicción establece, dicte en su día Sentencia por la cual,

ESTIMANDO la presente demanda, declare, al amparo del artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa, la no conformidad a Derecho de la resolución impugnada, procediendo a su anulación, con declaración de inexistencia de Infracción alguna y consecuente eliminación de las sanción y multas impuestas, o subsidiariamente, y sin perjuicio de los recursos pertinentes, que proceda a la moderación del importe de las sanciones impuestas, en ambos casos, con eliminación de la exención establecida para grupo industrial ercole marelli s.a."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición e las costas a la demandante."*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 17 de abril de 2012 se dio traslado al Procurador D. Francisco Abajo Abril, en representación de las codemandadas FLOWERSE SPAIN Y FLOWERSE CORPORATION para que contestaran la demanda, absteniéndose de formular escrito de contestación al recurso.

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 23 de mayo de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 16 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en este recurso la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011 en cuya parte dispositiva se establece lo siguiente:

*"Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1.a del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde 2004 hasta, al menos, 2009 de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo las siguientes empresas junto con la AEFBF: ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. y, solidariamente, su matriz ABS GROUP A.B., **BOMBAS CAPRARI, S.A. y, solidariamente, su matriz***

CAPRARI, S.P.A., HIDROTECAR, S.A., BOMBAS IDEAL, S.A., KSB ITUR SPAIN, S.A., DAB PUMPS IBÉRICA, S.L. y, solidariamente, su matriz GRUNDFOS HOLDING A/S, EBARA ESPAÑA BOMBAS, S.A. y, solidariamente, su matriz EBARA CORPORATION, ESPA 2025, F LOWSERVE SPAIN, S.L. y, solidariamente, su matriz FLOWSERVE CORPORATION, STERLING FLUID SYSTEMS (SPAIN), S.A. y, solidariamente, su matriz THYSSEN BORNEMISZA GRUPPE EUROPE NV NETHERLANDS, BOMBAS ZEDA, S.A., WILO IBÉRICA, S.A. y solidariamente a su matriz WILO, A.G, ITT WATER & WASTEWATER, S.A. y, solidariamente, su matriz ITT CORPORATION, SULZER PUMPS SPAIN, S.A. y, solidariamente, su matriz SULZER, A.G, KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L., BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A. y, solidariamente, GRUNDFOS HOLDING, A/S, GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI, S.A. y AIGUAPRES, S.L.

Segundo. Declarar que el Procedimiento de Calificación para ECIs y el Modelo de Calidad de la AEFBF tal y como han sido formulados contienen cláusulas restrictivas de la competencia y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101.1 del Tratado 148 de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo las siguientes empresas junto con la AEFBF: KSB ITUR SPAIN, S.A. y, solidariamente, su matriz KSB, A.G; BOMBAS CAPRARI, S.A. y, solidariamente, su matriz CAPRARI, S.P.A.; EBARA ESPAÑA BOMBAS, S.A. y, solidariamente, su matriz EBARA CORPORATION; ESPA 2025; BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A. y, solidariamente, GRUNDFOS HOLDING, A/S; BOMBAS IDEAL, S.A.; BOMBAS ZEDA, S.A.; ITT WATER & WASTEWATER, S.A. y, solidariamente, su matriz ITT CORPORATION; KRIPSOL HIDRÁULICA, S.A. y, solidariamente, su matriz KRIPSOL GESTIÓN, S.L.; AIGUAPRES, S.L.; BOMBAS BLOCH, S.L. y, solidariamente, su matriz BOMBAS IDEAL, S.A.; GRUPO INDUSTRIAL ERCOLE MARELLI, S.A.

Tercero. **Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones:**

"...

- **823.800 euros a BOMBAS CAPRARI, S.A. y, solidariamente, su matriz Caprari, S.P.A...**

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

Quinto. Declarar prescrita la infracción consistente en un acuerdo de fijación del incremento de los precios realizado por ABS, GRUNDFOS, CAPRARI e ITT en el verano de 2004.

Sexto. Declarar que no ha quedado acreditado la comisión de infracción por parte de HIDRÁULICAS ALSINA, S.A., DELOULE ESPAÑOLA, S.A., BOMBAS HIDRÁULICAS, S.A. (BOHISA), HIDRÁULICAS H.M.T., S.A. y SEDICAL, S.A. Declarar asimismo que tampoco ha quedado acreditado que FLOWSERVE SPAIN, S.L. y FLOWSERVE CORPORATION, hayan cometido la infracción referida en le Resuelve Segundo de esta Resolución.

Séptimo. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de

esta Resolución."

En la propia Resolución impugnada se realiza una descripción de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos así como de las empresas que han participado en las conductas analizadas, por orden alfabético, y en concreto se refiere a la actora en los siguientes términos:

"BOMBAS CAPRARI, S.A., (CAPRARI) fundada el 29 de febrero de 1980, es una filial del grupo italiano CAPRARI, como filial de la empresa matriz CAPRARI, S.p.A, (folios 2356,4411 y 4412) que posee un 73,3375 % de su capital.

De acuerdo con la información aportada por la empresa, la actividad de CAPRARI es la comercialización, representación, reparación y servicio post-venta de bombas y electro-bombas en general y especialmente la distribución en el mercado español de los productos fabricados por su matriz italiana bajo la marca "CAPRARI", no existiendo ninguna área de negocio que comprenda la fabricación. En su página Web se indica que las principales aplicaciones de sus productos se dan en la extracción y elevación de aguas de abastecimiento, en instalaciones de uso industrial, civil, contra-incendio, de riego, de acondicionamiento y de calefacción, así como en el bombeo de aguas de infiltración y residuales en instalaciones domésticas o de obras y depuración.

Actualmente BOMBAS CAPRARI, S.A. es miembro de la Junta Directiva de la AEFBF, perteneciendo a la AEFBF desde el 24 de febrero de 2005 (folio 5897)."

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

- Incorrecciones jurídico procesales cometidas en fase administrativo y con ocasión de la resolución determinante, a juicio de la actora, de la nulidad de la resolución dictada.

- Falta de acreditación de los hechos que la CNC da por acreditados a la vista de la propuesta de resolución y pliego de concreción de hechos que efectúa la Dirección de Investigación (ausencia de tipicidad y principio de presunción de inocencia).

- Falta de relevancia, trascendencia punitiva e inconexión de los hechos imputados (Ausencia de culpabilidad imputable).

- Desproporción de la sanción impuesta. Y, concretamente:

A) Responsabilidad exclusiva de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos.

B) Error en el cálculo de la sanción al haberse tomado el importe total de las ventas anuales en lo que respecta a la primera infracción, y no el importe de las ventas de bombas de fluidos.

C) Desproporción de la sanción impuesta.

3. Procede examinar con carácter previo los óbices procesales alegados, ya que se eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes motivos de recurso.

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

art. 36.1 LDC establece el plazo máximo de resolución en 18 meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, y que los plazos establecidos por meses se calcularán de fecha a fecha.

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

La segunda suspensión se declaró el mismo día 21 de marzo, y habiéndose incorporado el resultado de la prueba practica el día 16 de mayo de 2011 entiende la actora que es esta la fecha relevante, porque *"la causa que determinó que el Consejo suspendiera el procedimiento había dejado de existir"* o, en los términos del artículo 12.2 RDC, se había resuelto el *"incidente que dio lugar a la suspensión"* (pág. 35 del escrito de demanda, apartado 106) y no aquella en la que la CNC acordó el levantamiento de la suspensión, pues no debe incluirse en esta el periodo de alegaciones de las partes. Por lo tanto, resulta a su juicio que la suspensión no hubiera debido levantarse como se hizo el día 4 de junio de 2011, sino el día 16 de mayo de 2011, fecha de incorporación del resultado de las pruebas practicadas. Por lo tanto el nuevo plazo máximo para resolver habría pasado a ser el 10 de junio de 2011 y dado que la resolución le fue notificada el día 27 de junio de 2011 el procedimiento, al menos para la actora, habría caducado.

El artículo 37.1 de la LDC dispone:

"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.

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

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

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

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

2. Los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no, asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF, en relación con los ECIs con la participación de la AEFBF,

desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 13 de abril de 2010

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Existe unidad de sujeto activo, en cuanto que se mantiene la imputación en relación con la AEFBF, así como en relación con las empresas indicadas en la Propuesta de Resolución.

2. Pluralidad de acciones y omisiones.

3. Que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo y,

4. que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, incidiéndose en el citado Acuerdo del Consejo de la CNC en la unidad de propósito y, en definitiva, de un plan común.

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

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

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

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

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

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

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

la Ley 16/1989:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Niega a continuación la actora (páginas 86 a 100 de la demanda), la existencia de infracción del artículo 1 de LDC ni del artículo 101 del TFUE . Entiende que nos encontramos ante una falta de prueba en relación a los hechos que, en todo caso debieron ser imputados a la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos.

En relación con la segunda conducta la actora niega la existencia de culpabilidad, por falta de intención de crear un estándar de calidad para los ECIs, donde se podría haber producido alguna práctica poco acertada, y de existir una conducta con efectos anticompetitivos la recurrente no sería responsable de la misma, sino que sería imputable como decisión colectiva a la AEFBF.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

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

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

"78. Según reiterada jurisprudencia, para que un acuerdo entre empresas o una práctica concertada puedan afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969,

Volk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 5 ; de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 171, y de 31 de marzo de 1993 , Ahlström Osakeyhtiö, asuntos acumulados C-89/85 , C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 143; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 175 , y de 8 de octubre de 1996 , Compagnie maritime belge transports y otros/ Comisión, asuntos acumulados T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201, apartado 201). De ahí que no sea necesario que el comportamiento denunciado haya afectado efectivamente al comercio entre Estados miembros de manera sensible; basta con demostrar que dicho comportamiento puede tener dicho efecto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92 , Rec. p. II-289, apartado 235).

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

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

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

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

"40 Según la jurisprudencia, una empresa que haya participado en una infracción multiforme de las normas sobre la competencia mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado y que pretenden contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto puede ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción, cuando se demuestre que la empresa de que se trata conocía los comportamientos ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 203)."

Y añade: *"la participación de la empresa en el acuerdo de que se trate únicamente puede expresar su adhesión al cartel global en el caso de que, al participar en dicho*

acuerdo, la empresa supiera o hubiera debido saber que con dicho comportamiento se unía al cartel global."

Se considera acreditado que la actora participó en el acuerdo de fijación de condiciones comerciales comunes para la estandarización en la fabricación y suministro de los ECIs en condiciones ventajosas comparadas con la de los fabricantes no cartelizados y, asimismo, la participación de la recurrente en los intercambios de información realizados con ocasión de reuniones de la Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria de la Asociación.

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

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

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

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

De la documentación obrante en el expediente resulta que las informaciones

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

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

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

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

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

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

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

La actora, sostiene que en caso de existir una conducta con objeto o efecto anticompetitivo, no le sería imputable ni como "*acuerdo*" a las demás empresas imputadas individualmente por la infracción sino que sería imputable como decisión colectiva a la AEFBF.

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

8. Por último considera la actora la sanción impuesta "*absolutamente desproporcionada*" (página 142 del escrito de demanda). Entiende, en efecto que debe

tenerse en cuenta, respecto de las primeras de las infracciones, la facturación de bombas hidráulicas, entendida en un sentido amplio, que incluye tanto bombas estándar como de diseño, sus repuestos y servicios postventa (mano de obra).

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

La CNC razonó como sigue:

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

Diversas partes alegan que este volumen de negocios debería verse minorado en diferentes partidas. En unos casos se alega que no se debería incluir toda la facturación referente a las bombas de diseño. En otros, que se deberían excluir las piezas de repuesto.

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

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

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

Resulta por tanto que la Administración, por su parte, sí ha razonado por qué deben

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

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

Como igualmente alega el Abogado del Estado, es preciso recordar que se está sancionando por una única conducta que se ha prolongado a lo largo del tiempo y que tiene diferentes manifestaciones. La CNC ha establecido con claridad las bases sobre las que debe calcularse el importe de la sanción, teniendo en cuenta las previsiones de la LDC y de su propia Comunicación sobre el importe de las multas, y se ha aplicado a todas las empresas con los correspondientes resultados: *"el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 3% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo, lo que se traduce en los siguientes importes redondeados"*.

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

Se ha razonado sobre la ausencia de efectos, y así la CNC señala que *" en la medida en que los acuerdos se han aplicado efectivamente a lo largo del tiempo con mayor o menor éxito, no cabe duda que han debido tener ciertos efectos, no obstante no se pueden considerar acreditados.... En todo caso la falta de acreditación de efectos no afecta a la calificación de la conducta puesto que estamos en una infracción por objeto. Pero 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 "*.

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

La CNC ha razonado igualmente el criterio utilizado, según lo dispuesto en la LDC, para determinar el importe de la multa a imponer por la segunda infracción, los acuerdos en relación a los ECIS: ha tenido en cuenta que se trata de acuerdos que, o bien no se han ejecutado (procedimiento de calificación) o si lo han hecho no se ha acreditado dicha ejecución (facturación de la puesta en marcha como concepto independiente), aplicando un porcentaje mínimo.

9. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **CAPRARI S.P.A Y BOMBAS CAPRARI S.A.** , contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de junio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.