

Id. Cendoj: 28079230062013100310
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/06/2013
Nº de Recurso: 394/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 394/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la **Audiencia Nacional** ha promovido el **Procurador D. Manuel L. Anchares Perlado**, en nombre y representación de **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE BOMBAS DE FLUIDOS**, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de junio de 2011, sobre Defensa de la Competencia; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte actora interpuso, en fecha 29 de julio de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le 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 solicitó se dicte sentencia por la que con estimación del recurso declare la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada por lo que se refiere a AEFBF de los resuelve primero y segundo de la misma y con carácter subsidiario se anule el resuelve tercero, no imponiendo multa alguna o sustituyéndola por una que tenga en cuenta la ausencia de objeto anticompetitivo, culpa o dolo en las conductas de la AEFBF, la falta de gravedad de las conductas enjuiciadas y su falta de efectos dañinos para el mercado y se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule el resuelve cuarto de la resolución con imposición de costas a la Administración.

SEGUNDO: 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 presente recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme*

a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

TERCERO: Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 18 de junio de 2013 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO 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 **AEFBB** : 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, FLOWSERVE 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 AEFBB 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 AEFBB: 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: 400.000 euros a la AEFBF .

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 se realiza una descripción de la Asociación y empresas que han participado en el expediente, por orden alfabético, y en concreto se refiere a la actora en los siguientes términos:

La AEFBF, asociación de ámbito nacional sin ánimo de lucro, nace en 1977 con el fin de agrupar a los fabricantes de bombas para fluidos españoles, abriéndose posteriormente esta Asociación a las filiales de firmas extranjeras, así como a distribuidores exclusivos para el territorio español, como se indica en su página Web (www.aefbombas.es).

Los objetivos de esta Asociación son promover y vigilar la buena praxis en el mercado del sector, informar a sus asociados de las novedades técnicas y de marketing que se desarrollan en el extranjero. Para ello participa en EUROPUMP (Asociación Europea de Fabricantes de Bombas); la creación de Normas que garanticen la calidad de los productos; la defensa de los intereses de los asociados; actuaciones y participación en Ferias y Certámenes; defensa de los intereses de los Asociados ante la Administración y la elaboración de estadísticas sobre el mercado español de bombas e información del mercado europeo.

Según los Estatutos de la AEFBF aprobados el 6 de julio del 1977, modificados el 30 de diciembre de 1982 y renovados por la Junta Directiva de la AEFBF el 27 de septiembre de 2005, pueden pertenecer a la AEFBF las empresas que se dediquen a la fabricación y comercialización de bombas para fluidos (artículo 7 de sus Estatutos).

La AEFBF está regida por tres órganos: la Asamblea General (ordinaria o extraordinaria), la Junta Directiva (aquellos asociados con la condición de vocales de la misma) y el Presidente. Además de estos órganos estatutarios, intervienen en la gestión de la AEFBF el Director General y el Secretario Tesorero.

En relación a la Junta Directiva, sus miembros son elegidos por la Asamblea General, mediante sufragio libre y secreto, entre los miembros de la Asociación. La Junta Directiva está compuesta por un número de miembros no inferior a cinco ni superior a

nueve, siempre impares. Una vez elegidos los miembros de la Junta Directiva, de entre ellos designan un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario y un Tesorero. Los demás miembros ostentan la condición de Vocales. Los miembros de la Junta Directiva, incluido el Presidente, ostentarán su cargo por un periodo de 4 años, siendo renovados al 50% cada 2 años, pudiendo ser sin embargo reelegidos para un único nuevo mandato según lo establecido en el artículo 23 de los Estatutos de la AEFBF. ..

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

La primera infracción, única y continuada considerada como cártel consiste en el intercambio de información y armonización de condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos. La segunda estaría integrada por los acuerdos adoptados por empresas asociadas y no asociadas de la AEFBF, con la participación de la AEFBF, en relación con los equipos contra incendios.

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

- La resolución se ha dictado prescindiendo la CNC del procedimiento legalmente establecido e ignorando principios fundamentales del mismo lo que le ha generado indefensión determinante, a juicio de la actora, de la nulidad de la resolución dictada.

- La CNC ha aplicado de forma manifiestamente incorrecta la LDC y el tratado TFUE en el presente asunto, generando con ello una gravísima indefensión e infringiendo importantes principios de derecho administrativo sancionador.

- La Resolución lesiona de forma evidente derechos fundamentales como los que garantizan un trato no discriminatorio y la ausencia de actuación arbitraria por parte de los poderes públicos.

TERCERO: Las cuestiones ahora planteadas ya han sido resueltas por esta Sala con ocasión de la resolución de otros recursos contra la misma resolución impugnada, y cuyo criterio ahora mantenemos por aplicación del principio de unidad de criterio y seguridad jurídica.

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 tésis 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 dia 16 de mayo de 2011 entiende la

actora que es esta la fecha relevante, porque *"la causa que determinó que el Consejo suspendiera el procedimiento había dejado de existir"* o, en los términos del artículo 12.2 RDC, se había resuelto el *"incidente que dio lugar a la suspensión"* 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 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.

CUARTO. Se alega que la resolución incurre en un error en la apreciación y calificación de los hechos al imputar a AEFBF 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.

QUINTO: Niega a continuación la actora, 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 imputados.

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

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

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

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

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

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

A medida que transcurren los meses, continúan los contactos y los intercambios de datos, adoptando decisiones que resuelven de forma unificada, los problemas que van

surgiendo, y de estas decisiones, como pone de relieve la CNC, algunas tienen especial relevancia para la libre competencia en el sector concretamente, las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

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

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

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

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

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

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

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

"40 Según la jurisprudencia, una empresa que haya participado en una infracción multiforme de las normas sobre la competencia mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado y que pretenden contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto puede ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción, cuando se demuestre que la empresa de que se trata conocía los comportamientos ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, 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 AEFBF ha jugado un papel propio en estas conductas, dando apoyo al desarrollo de las mismas, facilitando la cooperación y, en algunos casos, impulsándola. Ha cometido materialmente la infracción, es decir, que es coautora de la misma, desempeñando un papel como facilitador de la conducta.

Esta conclusión es idéntica respecto de la segunda conducta, donde el papel de las empresas fue igualmente activo y, de hecho, la labor de determinadas empresas en el seno del grupo de trabajo y coordinando al resto de competidores fue muy significativa. Al propio tiempo, la coordinación se plasma en un modelo cuya "propiedad" se atribuye a la AEFBF, como vehículo para ponerlo en común.

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 es conforme a derecho, tanto en lo que respecta la art. 101 TFUE como al artículo 1 LDC .

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.

La resolución impugnada, en el fundamento sexto, detalla la relevancia que tiene "el

contexto en el que se producen tales acuerdos y su contenido": la práctica se inicia mediante la reunión de 17 de mayo de 2005 y examinado el expediente administrativo, resulta acreditada la participación de la ahora actora.

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.

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.

SEXTO: Por último considera la actora la sanción impuesta es improcedente.

La CNC sobre la base de considerar a la actora responsable de la primera infracción desde noviembre de 2004 hasta, al menos, febrero 2009 y de la segunda por la totalidad del periodo de infracción, desde mayo 2005 a febrero 2009 ha impuesto las siguientes sanciones:

Por la primera infracción en el caso de la AEFBF, dada la gravedad y el alcance de la misma el Consejo decide fijar la multa en 350.000€ que no excede la cifra máxima de 901.518,16 € que correspondería conforme a la Ley 16/1989 y por la segunda la de 50.000€ que, junto con la anteriormente impuesta, no excede la cifra máxima de 901.518,16 € que correspondería conforme a la Ley 16/1989.

Como quiera que se está sancionando por dos conductas que se han prolongado a lo largo del tiempo y que tienen diferentes manifestaciones y que la CNC ha establecido con claridad el importe de la sanción, teniendo en cuenta las previsiones de la LDC y que esta se ha aplicado en un porcentaje mínimo, procede confirmar la sanción impuesta.

SÉPTIMO: 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.

VISTOS.- los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **AEFBF**, 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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, 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 ANA ISABEL RESA GOMEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.