

Id. Cendoj: 28079230062013100059
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/02/2013
Nº de Recurso: 378/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

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

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cinco de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 378/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA S.A. UNIPERSONAL y GRUNDFOS HOLDING A/S** representada por el Procurador Sr. Venturini Medina frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia** , con una cuantía de 2.441.500 euros; y en el que han intervenido como parte codemandada **FLOWSERVE SPAIN, S.L. Y FLOWSERVE CORPORATION** , representadas por el Procurador Sr. Abajo Abril. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 28 de julio de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 12 de enero de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo

enjuiciado. Subsidiariamente, reduzca el importe de la sanción. Y declare en todo caso la inexistencia de responsabilidad solidaria de GRUNDFOS HOLDING.

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

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

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

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

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

14. BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A.

De acuerdo con la información facilitada por la empresa, BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A. (GRUNDFOS) fue constituida el 23 de diciembre de 1982 por GRUNDFOS HOLDING AG, matriz entonces de todas las compañías del Grupo GRUNDFOS, incluida BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A., siendo los principales accionistas de GRUNDFOS HOLDING AG. No obstante, entre los meses de junio y octubre de 2009 se ha producido una reorganización corporativa y así, en junio de 2009, las acciones de Grundfos Holding AG se intercambiaron con las acciones de Grundfos Holding A/S. DI (folios 4353-4354 y 4406). Como consecuencia de esta reestructuración, GRUNDFOS HOLDING A/S es la actual matriz de BOMBAS GRUNDFOS ESPAÑA, S.A.

GRUNDFOS es uno de los fabricantes líderes de bombas en el mundo: las bombas circuladoras, bombas sumergibles y bombas centrífugas son los tres mayores grupos de productos, siendo GRUNDFOS el mayor fabricante de bombas circuladoras en el mundo, con aproximadamente el 50 % del mercado mundial. Además de bombas, GRUNDFOS fabrica motores eléctricos y desarrolla y vende componentes electrónicos de última tecnología para controles de bombas y otros sistemas.

Bombas Grundfos ESPAÑA, S.A. se dedica a la fabricación y comercialización de equipos para bombeos de fluidos, especialmente de agua. Las bombas producidas pueden ser empleadas en diversos sectores (entre otros, el sector doméstico, agrícola,

industrial, aguas residuales etc.) y son vendidas principalmente a través de una red de compañías subsidiarias nacionales.

De acuerdo con la información facilitada por la empresa, actualmente GRUNDFOS es miembro de la AEFBF, ostentando la Vicepresidencia de la AEFBF durante los años 2005 a 2007, por parte del Director General y durante el año 2008, por parte del Director Comercial de la empresa (folio 2007)."

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

"29. El sector

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

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

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

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

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

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

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

Con todo, tanto de las respuestas a los requerimientos de información realizados por la DI, como de la propia página web de la AEFBF antes citada, se observa que las

empresas tienden a diversificar su presencia en varios segmentos, fundamentalmente las de mayor tamaño. Ello lleva a que las mismas empresas compitan en diferentes segmentos.

Algunas de las partes han aportado al expediente sus estimaciones de cuota de mercado (folios 4973, 5024, 5179). Aunque estas estimaciones presentan ciertas diferencias, coinciden en incluir como principales operadores del mercado a ITT, FLOWSERVE, GRUNDFOS, KSB-ITUR, ABS, ESPA y SULZER.

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

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

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

- Caducidad del procedimiento sancionador.
- Vulneración del principio de tipicidad por no concurrir los requisitos imprescindibles para la comisión de la conducta del artículo 1 LDC .
- Vulneración del artículo 14 de la Constitución por haberse aplicado un criterio distinto que en supuestos equivalentes para imponer la sanción a la actora en virtud de lo dispuesto en el art. 1 LDC .
- Inexistencia de infracción única y continuada.
- Infracción del deber de proporcionalidad al imponer la multa.
- Improcedencia de la condena solidaria a GRUNDFOS HOLDING.

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

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

Considera la actora que el art. 36 pfo. 1 LDC establece el plazo máximo de resolución en 18 meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, y que 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 practicada el día 16 de mayo de 2011 entiende que es esta la fecha relevante, y no aquella en la que la CNC acordó el levantamiento de la suspensión, pues no debe incluirse en esta el periodo de alegaciones de las partes. Por lo tanto, resulta a su juicio que la suspensión no hubiera debido levantarse como se hizo el día 4 de junio de 2011, sino el día 16 de mayo de 2011, fecha de incorporación del resultado de las pruebas practicadas. Por lo tanto el nuevo plazo máximo para resolver habría pasado a ser el 10 de junio de 2011 y dado que la resolución le fue notificada el día 27 de junio de 2011 el procedimiento, al menos para la actora, habría caducado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de

julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

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

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

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

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

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

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

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

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

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC , resulta que en principio no 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.

Pero 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 una vez practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

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

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

QUINTO -. Se alega en segundo lugar la vulneración del principio de tipicidad por no concurrir los requisitos imprescindibles para la comisión de la conducta tipificada en el artículo 1 LDC y en el artículo 101 TFUE .

La actora resume en su escrito de demanda, motivo jurídico segundo, estas dos infracciones (del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE) por las que es sancionada.

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 el acuerdo respecto de un determinado procedimiento de calificación para ECIS y un modelo de calidad de la AEFBF.

La actora, en su escrito de demanda, y para fundamentar este motivo de recurso, resumidamente alega:

-. Que las conductas de cuya comisión la CNC le considera responsable, no son subsumibles en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC ;

-. Que en cualquier caso son conductas que no integran una infracción única y continuada, sino conductas claramente diferenciadas entre si.

Una vez establecida la diferencia entre la adopción de un supuesto acuerdo para la armonización de condiciones comerciales y la revelación de información supuestamente sensible, la actora argumenta que ni la primera ni la segunda constituyen infracción de los preceptos nacional y comunitario por los que es sancionada, ni en todo caso fue responsable de la adopción del acuerdo ni lo aplicó.

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 actora considera que la práctica por la que es sancionada no reúne los requisitos establecidos en la definición que recoge la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007 porque falta la característica de acuerdo *"secreto"* y falta el objeto anticompetitivo.

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

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

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

En el apartado 59 señalan las directrices literalmente:

"Por otra parte, la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles y, como tales, serán multados. El

intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel. "

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

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

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

El examen de la documentación obrante en el expediente, valorada a la luz de las consideraciones expuestas permite concluir que las actuaciones declaradas probadas son constitutivas de una infracción del artículo 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 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 "en la supuesta reunión constitutiva del cártel no se acordó secretamente nada" . 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.

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

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

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

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

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

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

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

La Sala considera que la calificación de las conductas enjuiciadas, las constitutivas de la primera infracción litigiosa, en lo que es objeto de enjuiciamiento en este recurso, 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 .

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

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

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

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

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

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

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

86)."

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

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

Y termina señalando:

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

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

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

- Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de sus productos. En contra de lo afirmado por la recurrente (apartado 36 folio 23 del escrito de demanda) es evidente la complementariedad de los datos intercambiados, pues es precisamente la suma de los mismos la que contribuye a formar una imagen del proyecto de comercialización de cada empresa completa y fidedigna, con el

consiguiente riesgo para la competencia.

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

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

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, *"intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo"* (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

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

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

SEPTIMO- . Sobre la segunda infracción, la actora alega que no participó en la reunión inicial celebrada en Valencia el 17 de mayo de 2005, lo que habría sido confirmado por la AEFBF en su escrito de 20 de agosto de 2010 (folio 8074 del expediente), pese a lo cual la CNC la imputa por asistir a dicha reunión. Tampoco participó en la reunión de 10 de febrero de 2009 (hecho 100 del acto impugnado, pág. 75) en la que se adoptó el borrador final del acuerdo, y no prestó su consentimiento para la adopción del *"Modelo de calidad de la AEFBF para empresas fabricantes de ECIs"* como resulta del pfo. 335 del PCH (folios 11.966 a 11.971 del expediente).

No concurre por tanto a su juicio, especialmente porque la propia CNC reconoce que no se puso en práctica, el elemento de *"concierto de voluntades"* que caracteriza esta infracción, al no haber participado la recurrente en las reuniones señaladas.

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, sin que el hecho de que el escrito de la representación de la AEFBF que obra en los folios 8031 y siguientes del expediente no se la mencione (el escrito es de alegaciones al pliego de concreción de hechos y defendiendo la postura de la Asociación) suponga, como pretende la actora, la prueba en contrario de su presencia.

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, dato reservado que solo puede ser proporcionado por las asistentes.

Las mismas empresas 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.

OCTAVO- . Se alega a continuación la infracción del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción que le ha sido impuesta.

La falta de proporcionalidad vendría determinada porque:

- a) La CNC atribuye a la conducta de BOMBAS GRUNDFOS una duración excesiva.
- b) La conducta de la recurrente no produjo efecto perjudicial alguno sobre los consumidores o sobre otros operadores económicos.
- c) La falta de producción de efectos ha conllevado, en otros supuestos que la CNC no imponga sanción alguna.
- d) La CNC no señala que se hayan obtenido beneficios ilícitos.

Por otra parte, considera que concurren dos circunstancias atenuantes que la CNC no ha tenido en cuenta, y que deben atemperar el importe de la sanción: la circunstancia de crisis económica, y la colaboración de la empresa con la CNC.

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

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

- . Durante los ejercicios en que se le imputa la infracción de acuerdo con lo recogido en el fundamento de derecho séptimo. En este, y en relación con la actora, desde el 2 de noviembre de 2004 hasta el 18 de noviembre de 2008. En los hechos probados quedó acreditado 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.

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

En cuanto a la alegación de que la falta de producción de efectos ha conllevado, en otros supuestos que la CNC no imponga sanción alguna, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 2012 TOMRA razona que:

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

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

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

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

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

atenuante como pretenden las partes" .

En cuanto a la no acreditación de la obtención de beneficios ilícitos, no se trata de una atenuante, sino de que la cuantía de la multa, para que la actuación administrativa tenga efectos, no debería, en principio, ser inferior a la cuantía de los beneficios obtenidos por la actuación ilícita. Y no equivale a concluir que a falta de acreditación de beneficios no procede la imposición de sanción.

La interesada solicita la aplicación de dos atenuantes: la circunstancia de crisis económica, y la colaboración de la empresa con la CNC.

La colaboración con la CNC está regulada en el art. 39 LDC como un deber:

"1. Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de los solicitados o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente."

Su inclusión como circunstancia atenuante en el art. 64.3.d) incluye la referencia a una colaboración *"activa y efectiva"* correspondiendo a la autoridad administrativa evaluar si la colaboración ha existido, y de lo contrario puede incoar un expediente sancionador. Y en su caso para establecer la concurrencia de una atenuación de la responsabilidad de la empresa, evaluar si esa colaboración tuvo tales características. La CNC no ha apreciado la concurrencia de tales circunstancias, y la Sala no aprecia que la actora llevase a cabo esa colaboración activa y efectiva que justificaría una atenuación del importe de la sanción impuesta.

En materia de situación de crisis económica, se trata de un hecho que debe ser acreditado, y cuya valoración a los efectos pretendidos corresponde exclusivamente a la CNC.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

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

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

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

accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

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

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

NOVENO -. Finalmente, alega que no se ha puesto en conocimiento de las empresas los factores o magnitudes económicas tenidos en cuenta para calcular la sanción. La información es confidencial (pags. 140 y 142 de la resolución) pero cada empresa debió conocer la información que le corresponde.

A la recurrente le fue entregado el expediente administrativo para formalizar la demanda, menos la parte declarada confidencial. Entre los elementos confidenciales, aparece un soporte digital que es confidencial para todas las empresas menos Grundfos, y en este, el folio 13232 aparece el denominado "*anexo confidencial nº 1*" donde la propia interesada comunica su volumen de negocios antes del IVA total y en España correspondiente al ejercicio 2010, se desglosa el volumen relativo a las bombas de fluidos, y de equipos contra incendios, así como el "*volumen de negocios total del grupo antes del IVA correspondiente al ejercicio 2010*".

La resolución señala que se ha calculado con base en "*la facturación de bombas hidráulicas de cada empresa durante los ejercicios en que se le imputa la infracción*" y se alude expresamente a que tales datos son confidenciales. Dado que la empresa facilitó los datos correspondientes es a ella a quien corresponde probar que la Administración no los tuvo en cuenta, o que ha realizado el cálculo sobre bases distintas a las que se ponen de manifiesto en la resolución impugnada.

Se ha analizado en los fundamentos jurídicos anteriores el respeto al principio de tipicidad, pues la Administración ha acreditado y razonado sobre la concurrencia del elemento objetivo de las infracciones por las que impone sanción.

En cuanto al elemento subjetivo, igualmente resulta de la resolución impugnada, que concurre al menos a título de simple negligencia:

En cuanto a la alegada lesión de los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad, se ha analizado igualmente la proporcionalidad de la sanción y que el principio de igualdad no opera en la forma pretendida por la recurrente. Por otra parte, la CNC tiene encomendado por el ordenamiento jurídico la persecución y castigo, de conformidad a lo dispuesto en la LDC y en el TFUE de las conductas contrarias a la libre competencia, por lo que en modo alguno puede entenderse que el cumplimiento de esa obligación legal constituya una infracción del principio de equidad.

DECIMO -. Se alega en último lugar la improcedencia de la condena solidaria a GRUNFOS HOLDING.

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

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

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

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: *" el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."*

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

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

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

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

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el

poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**

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

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

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

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