



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/003/16 SOLICITUD REVOCACIÓN Y NUEVO CÁLCULO DE MULTA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 25 de febrero de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/003/16, SOLICITUD REVOCACIÓN Y NUEVO CÁLCULO MULTA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por XYLEM WATER SOLUTIONS, S.A (XYLEM) en el que solicitaba la revocación parcial de la Resolución de 24 de junio de 2011 dictada en el Expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, en relación al importe de la sanción que se impuso.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de junio de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución en el expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, acordando declarar a XYLEM (empresa anteriormente denominada ITT Water & Wastewater España, S.A), entre otras, responsable de dos conductas 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 (TFUE). Como consecuencia de ello, se acordó imponer a dicha empresa una sanción de 2.372.500 euros por su participación en la primera de las conductas

infractoras -calificada como de cartel en la comercialización de bombas hidráulicas- y otra de 1.175 euros por su participación en la segunda de las conductas infractoras, esto es, la realización de acuerdos anticompetitivos en el mercado de equipos contra incendios. La resolución fue notificada a XYLEM en fecha 27 de junio de 2011.

2. Contra la citada Resolución de 24 de junio de 2011, XYLEM interpuso recurso contencioso-administrativo (n° 385/2011) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), solicitando la declaración de nulidad de la misma. Asimismo, solicitaba subsidiariamente la reducción del importe de la sanción que le fue impuesta, atendiendo al error manifiesto en el cálculo de ésta, provocado por su propio error al facilitar una facturación equivocada en el mercado afectado por la primera de las conductas infractoras.
3. El 19 de marzo de 2013, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN dictó Sentencia desestimando el recurso interpuesto por XYLEM y confirmando la Resolución recurrida, incluido el cálculo de la sanción efectuado en la misma. Contra dicha Sentencia, XYLEM interpuso recurso de casación, solicitando al Tribunal Supremo (TS) tanto la declaración de nulidad de la citada Resolución de 24 de junio de 2011, como, subsidiariamente, la reducción del importe de la sanción impuesta debido al error cometido al comunicar la facturación realizada en el mercado afectado. En este sentido, considera XYLEM que la Sala de instancia no valoró las pruebas aportadas, limitándose a señalar que la empresa no habría justificado por qué aportó erróneamente datos distintos en fase administrativa.
4. Con fecha 13 de diciembre de 2013, XYLEM solicitó, asimismo, al Consejo de la CNMC, que, en uso de las facultades establecidas en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), acordase, por motivos de oportunidad, la adopción de una nueva resolución en el Expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, rectificando la Resolución dictada el 24 de junio de 2011 en lo concerniente al importe de la sanción impuesta a XYLEM, tomándose en consideración la facturación efectivamente realizada en el mercado afectado, es decir, el de la venta de bombas hidráulicas, en lugar de la facturación erróneamente aportada cuando le fue requerida.
5. El Secretario del Consejo de la CNMC, con fecha 4 de abril de 2014, en respuesta a la solicitud de XYLEM indicada en el antecedente de hecho anterior, señaló que, encontrándose pendiente de resolución el recurso de casación mencionado en el antecedente de hecho tercero, el examen de la rectificación solicitada por XYLEM y de los motivos de oportunidad alegados para la misma debían ser resueltos por los Tribunales competentes en la vía de impugnación seguida por la interesada.
6. El TS en su Sentencia de 21 de octubre de 2015 desestimó íntegramente el recurso de casación interpuesto por XYLEM. En cuanto al error en el cálculo de la sanción

impuesta a la recurrente, el TS consideraba que la Sentencia de la AN sí explicaba las razones por las que desestimaba la alegación sobre el erróneo cálculo de la multa y no acogía la tesis sobre la incorrecta cuantificación de la sanción, que incluía la valoración de determinadas pruebas aportadas al proceso, que no se consideraron relevantes. En este sentido, afirmaba el TS que la sentencia de la instancia resultaba congruente y cumplía con la exigencia de motivación al exponer las razones por las que decidía no atender al planteamiento de la recurrente y al desestimar de forma razonada tal motivo impugnatorio del recurso contencioso-administrativo.

7. A la vista de los hechos expuestos, el 11 de enero de 2016 XYLEM vuelve a solicitar del Consejo de la CNMC que, en uso de las facultades establecidas en el artículo 105.1 de la LRJ-PAC, por motivos de oportunidad, acuerde la revocación parcial de la Resolución, de 24 de junio de 2011, en el Expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, rectificándose el importe de la sanción que se le impuso, teniendo en consideración la facturación efectivamente realizada por XYLEM en el mercado afectado, es decir, la comercialización de bombas hidráulicas.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 25 de febrero de 2016.
9. Es interesada en este expediente de recurso XYLEM WATER SOLUTIONS, S.A (XYLEM).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre si, de conformidad con el artículo 105.1 de la citada LRJ-PAC, procede o no la revocación parcial de la Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011, en cuanto al cálculo de la sanción que la fue impuesta a XYLEM.

La recurrente expone en su escrito de 11 de enero de 2016, tal y como ya señaló en su solicitud de 13 de diciembre de 2013, que al suministrar los datos de su facturación en el mercado afectado, en base a los cuales se fijó la cuantía de la sanción que la CNC le impuso, cometió un error por cuanto, además de la cifra relativa a la comercialización de bombas hidráulicas, incluyó ingresos derivados de actividades ajenas a ésta, como las ventas correspondientes a equipos de dosificación, equipos de filtración y alquiler de equipos. Dicho error, del que sólo fue consciente al formalizar ante la AN su recurso contencioso-administrativo, provocó que el volumen de negocios del mercado afectado considerado por el Consejo de la CNC para calcular la multa fuera muy superior al que realmente se debió tener en cuenta. En este sentido XYLEM aportó en sede contenciosa un certificado de los auditores de la empresa y un informe pericial realizado por un economista independiente designado por la Sala Sexta de la AN mediante insaculación de la lista del Colegio de Economistas de Madrid, en los que se

señalaba que la cifra relativa a su volumen de negocios derivado de la venta de bombas hidráulicas ascendía a 46.479.046 euros (según el certificado de los auditores) y a 46.847.251 euros (según el informe del perito nombrado por el órgano judicial), en lugar de a 79.083.708 euros, que fue el volumen aportado por error por la recurrente en respuesta al correspondiente requerimiento de información y el que el Consejo de la CNC tuvo en cuenta a la hora de calcular la multa. Como resultado de dicho error, la multa impuesta a la recurrente se fijó en 2.372.500 euros, cuando atendiendo a la facturación efectivamente realizada en el mercado afectado tendría que haber sido entre 1.394.371 euros (teniendo en cuenta la cifra de la certificación de los auditores de la empresa) y 1.405.417 euros (considerando la cifra del informe pericial).

Dicho esto, considera XYLEM que, una vez que los órganos judiciales (la AN y el TS) ya han dictado sus respectivas sentencias sin haberse resuelto la cuestión respecto al error señalado, es la Sala de Competencia la encargada de revisar la Resolución de 24 de junio de 2011 por motivos de oportunidad y de poder poner fin a la situación injusta sufrida por la recurrente como consecuencia de la errónea cuantificación de la sanción que le fue impuesta.

En este sentido la recurrente indica en sus alegaciones que concurren los requisitos exigidos por el artículo 105.1 de la LRJ-PAC para que se pueda proceder a la revisión de la Resolución de 24 de junio de 2011 por motivos de oportunidad. En dicho artículo se señala que *“las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*.

Así, entiende XYLEM que la Resolución citada es un acto administrativo desfavorable o de gravamen para sus intereses dado que le causa un claro perjuicio económico al tener que hacer frente a una multa de un importe significativamente superior al que habría resultado de haberse tomado como base las cifras correctas. Asimismo, considera la recurrente que no pretende someter a discusión la legalidad de la Resolución, quedando totalmente fuera del objeto de su petición el debate sobre si la misma se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues dicha cuestión de fondo ya fue debidamente confirmada por los tribunales, siendo su único afán el de corregir parcialmente el monto de la sanción impuesta. La revocación que solicita a través de su recurso no constituye a su parecer una exención no permitida por las leyes, ni resulta contraria al ordenamiento jurídico, sino que su única finalidad es poner fin a una situación desfavorable para sus intereses.

Por otro lado, entiende la recurrente que la revocación parcial de la Resolución de 24 de junio de 2011 tampoco supondría una vulneración del principio de igualdad, sino más bien al contrario, pues es precisamente la situación existente la que está generando desigualdad entre las diecinueve empresas que formaron parte del mismo expediente sancionador, en tanto en cuanto la cifra que se tomó en consideración para calcular la sanción impuesta a XYLEM es significativamente superior a la que se utilizó para el resto de empresas, habiéndose atribuido a todas ellas la misma infracción.

Por último, considera XYLEM que la revocación parcial de la citada Resolución tampoco resultaría contraria al interés público, puesto que no pretende la valoración de

las cuestiones de fondo por las que se le consideró responsable de la infracción, preservándose por tanto el interés público en general y la defensa de la competencia, en particular. De este modo, afirma que el interés público que subyace a la potestad sancionadora de la CNMC exige que cada infractor sea sancionado con la multa que se corresponde con su cifra de facturación en el mercado afectado, por lo que toda sanción que no cumpla con dicho requisito debiera reputarse contraria al interés público, puesto que se estaría sancionando por importes superiores a los legalmente previstos. Finalmente concluye señalando que si la Sala de Competencia no admitiera la solicitud de rectificación de la multa impuesta a XYLEM se estaría consolidando una práctica según la cual un error cometido por un administrado durante un procedimiento sancionador respecto a su culpabilidad o al alcance de su responsabilidad no podría ser revisado posteriormente por la administración ni por los tribunales competentes tras la finalización de dicho procedimiento administrativo, lo que entiende que es contrario al interés público y a los principios más elementales de justicia material.

SEGUNDO.- Existencia de dos sentencias firmes en relación al objeto de recurso.

Esta Sala de Competencia, en consonancia con el escrito de 4 de abril de 2014 elaborado por el Secretario del Consejo de la CNMC antes citado, considera que el examen de rectificación y de los motivos de oportunidad alegados por XYLEM debía resolverse por los Tribunales, pues dicha fue la vía de impugnación seguida por la recurrente. Entiende esta Sala, al contrario de lo alegado por XYLEM, que dicho examen sí se llevó a cabo tanto en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2013 como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2015 que confirma la anterior, por más que el mismo no diera el resultado pretendido por la empresa recurrente.

Es el Fundamento de Derecho noveno de la SAN de 19 de marzo de 2013 el que se ocupaba tanto del “*manifiesto error en el cálculo de la multa impuesta*” como de la “*infracción del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción que le ha sido impuesta*”. Con respecto al primero, objeto de debate del presente recurso, se indicaba lo siguiente:

«El examen del expediente permite comprobar que (folios 8843 a 6845) le fue requerida a la hoy actora información sobre su facturación. Y en respuesta a este requerimiento (expediente confidencial folio 13175) aportó los datos solicitados, datos sobre los cuales se ha basado la CNC para calcular el importe de la multa.

Se aporta:

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

- c) volumen de negocios de la empresa en España antes del IVA correspondiente a los equipos contra incendios en los ejercicios 2009 y 2010;*
- d) volumen de negocios total del grupo.*

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

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

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

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

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

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2015 dedicaba su Fundamento de Derecho Tercero al debate de la cuestión controvertida. La recurrente, en el tercero de sus motivos de casación, acogido al cauce del apartado c) del artículo 88.1 LJCA, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de los preceptos sobre la valoración de las pruebas, aducía que la Sala de instancia no había valorado la prueba practicada en autos (así, el certificado de sus auditores, admitido por la Sala como

prueba documental) con arreglo a los criterios de la sana crítica y que la sentencia incurría por esa razón en una omisión de la valoración de la prueba con infracción de los artículos 24 y 120.3 CE en relación con los artículos 348 y 218 LEC.

El Tribunal Supremo señala que para desestimar dicho motivo bastaría con señalar la inadecuación del cauce utilizado en el motivo de casación, pues debería haberse articulado éste por el cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, en cuanto en realidad reprocha a la sentencia la lesión de las normas sobre la valoración de la prueba, concretamente el artículo 218.2 de la LEC, por no haberse valorado la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante ello, dicho Tribunal se pronuncia del siguiente modo:

«Con independencia de tal objeción, cabe recordar que la motivación de la sentencia se satisface cuando se expresan las razones que justifican la decisión que se recoge en el fallo y que permite a las partes conocer los fundamentos del pronunciamiento judicial. El Tribunal Constitucional en su STC 36/2006, de 13 de febrero, ha declarado que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4). Pues "la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985 de 8 de mayo).

La sentencia impugnada aborda en el noveno de sus fundamentos jurídicos la alegación esgrimida en la demanda sobre el error en el cálculo de la multa impuesta, examina los elementos ponderados por la Comisión Nacional de la Competencia señalando que fue la propia mercantil recurrente la que proporcionó los datos sobre su facturación en los que se utilizaron para el cálculo del importe de la sanción. Seguidamente razona la Audiencia Nacional que la recurrente "no justifica por qué en el momento en que fue requerida por la CNC para aportar los datos sobre su facturación en los distintos aspectos de su negocio dio una información y ahora da otra, falta de justificación que impide a esta sala concluir, como pretende el recurrente, que son éstos nuevos datos los que deben tomarse en cuenta para calcular la sanción de multa".

En fin, la sentencia explica las razones por las que desestima la alegación sobre el erróneo cálculo de la multa y no acoge la tesis sobre la incorrecta cuantificación de la sanción, que incluye la valoración de las pruebas aportadas al proceso como el informe de Deloitte, que no se considera relevante a los efectos debatidos. La sentencia resulta congruente y cumple la exigencia de motivación al exponer las razones por las que decide no atender al

planteamiento de la recurrente y al desestimar de forma razonada tal motivo impugnatorio del recurso contencioso administrativo».

A la vista de lo expuesto por las citadas sentencias, esta Sala quiere precisar lo siguiente. Por un lado, destacar que la empresa no sólo cometió el error alegado al aportar la información que se les requirió, sino que asimismo tampoco solicitó la corrección del mismo en sede de CNC con la premura debida, por lo que ha contribuido con su actuación a que, dada la fase en la que nos encontramos, con dos sentencias firmes en las que existe un pronunciamiento expreso sobre el particular, sea inviable para esta Sala acoger la pretensión de XYLEM. Por otro lado, señalar que no existiendo un nuevo motivo de oportunidad distinto al ya analizado por la AN y el TS- y recordemos que dichos tribunales manifiestan que la empresa no justifica por qué aporta diferentes informaciones en una y otra fase- no se estima procedente hacer uso de las facultades establecidas en el artículo 105 de la LRJ-PAC, debiendo ejecutarse lo dispuesto en dichas sentencias.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala entiende que la solicitud de revocación examinada en la presente resolución debe ser desestimada, no procediendo la revocación parcial de la Resolución de 24 de junio de 2011 en el Expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, en el aspecto relativo a la sanción impuesta a XYLEM.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de revocación interpuesta por XYLEM WATER SOLUTIONS, S.A (XYLEM) en la que solicitaba la revocación parcial de la Resolución de 24 de junio de 2011 en el Expediente S/0185/09, Bombas de fluidos, en relación al importe de la sanción que se les impuso.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.