



Roj: **SAN 2839/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2839**

Id Cendoj: **28079230062014100371**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/06/2014**

Nº de Recurso: **663/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de junio de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Sulzer Pump Solutions AB**, y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Carmen Azpeitia Bello, 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 sanción, siendo **Codemandada** Espa 2025, y la cuantía del presente recurso 551.000 ?.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Sulzer Pump Solutions AB, y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Carmen Azpeitia Bello, 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, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenido por reproducido el expediente y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día tres de junio de dos mil catorce.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 551.000 ? por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

**SEGUNDO** : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:



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

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones...551.000? a ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. y, solidariamente, su matriz ABS GROUP A.B.,,"

La denominación que se consigna en la Resolución es la que ostentaba al tiempo del expediente la recurrente y su filial, cuya sanción determinó la responsabilidad de la matriz.

**TERCERO** : Respecto de los hechos declarados probados en la Resolución, hemos de destacar:

"ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. (ABS) es una empresa filial del grupo sueco ABS, perteneciendo en un 100% a ABS Group AB, desde al menos 1994, cuya central está en Suecia. A su vez, ABS es parte del Grupo Cardo, conglomerado industrial sueco que cotiza en la Bolsa de Estocolmo. ABS Group AB ejerce sobre ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. su control de manera efectiva (folios 960 a 968).

Durante 2004 y 2005 ABS experimentó un gran cambio, destacando la tecnología del agua residual como su principal actividad y la oferta del Grupo se presenta, por primera vez, bajo una misma marca: ABS. De acuerdo con la información aportada por la empresa, ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. se organiza en torno a tres áreas de negocio: Water&Waste (Aguas residuales), Dewatering (Achique) y Service (Asistencia técnica). De igual forma todas las operaciones están agrupadas en una sola división (Operaciones) que se encarga de prestar servicio a cada unidad de negocio (taller central y talleres en delegaciones).

ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA S.A. es miembro de la Junta Directiva de la AEFBF desde el 24 de febrero de 2005."

Respecto de los hechos imputados, y en relación con los acuerdos de condiciones comerciales:

"32. En las primeras reuniones se centra la atención en ampliar la Asociación, fijar el nuevo sistema de cuotas y renovar los Estatutos.

En la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF celebrada el 17 de enero de 2005 se exploran potenciales asociados y se acuerda que el sistema de fijación de cuotas se basará en la facturación de la empresa asociada con un mínimo. Se aborda asimismo la modificación de los estatutos y la contratación del nuevo Director General (folios 4398-4400, 4836-4838).

Asistieron representantes de STERLING, ITUR, ESPA, EBARA, MARELLI, WILO, ABS, ITT e HIDROTECAR, y el Secretario Tesorero de la AEFBF, excusando su ausencia los representantes de IDEAL, GRUNDFOS, DELOULE, FLOWERVE y CAPRARI.

En la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF celebrada el 24 de febrero de 2005 se acuerda el sistema concreto de fijación de la cuota: establecer una cuota mínima de 500 euros más 120 euros por cada millón de euros facturado. Se propone contratar como Director General a D. XXX y causan alta una serie de empresas, entre otras, DAB, CAPRARI, ITT, ABS. Asistieron representantes de STERLING, IDEAL, ITUR, MARELLI, ESPA, GRUNDFOS, ZEDA, CAPRARI, ITT, ABS, DAB, AXFLOW (folios 4401-4403, 4839-4841).

En la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF que tuvo lugar el 19 de abril de 2005 se nombra al Director General, se propone el nombramiento de los miembros de la futura Junta Directiva así como el establecimiento de un sistema rotativo para la participación en dicho órgano estatutario de la AEFBF. Además se aprueban los nuevos Estatutos. En el Acta se señalan los cambios entre los que se encuentra el que la coordinación de las políticas y acciones comerciales se haga con respeto a la Ley 16/89, inciso que antes no se contemplaba:

Artículo 5.3º: Coordinar las políticas y acciones comerciales de acuerdo con la Ley 16/89 no incluidas en el artículo 1 de la misma.

Debe destacarse que el artículo 12 de estos Estatutos de la Asociación establece la obligatoriedad de los Acuerdos adoptados por la Asamblea (folios 5784 a 5803):

"Los acuerdos de la Asamblea General obligarán a todos los asociados, incluso los ausentes y a los disidentes, con excepción a que se refiere el apartado b) del Artículo 10. b (relativo al pago de cuotas y derramas)"

Asistieron representantes de IDEAL, ITUR, CAPRARI, ESPA, EBARA, MARELLI, ABS, GRUNDFOS, ITT, STERLING, ZEDA, BOMBAS SACI, BOMBAS ELIAS (folios 409 a 412).

El Presidente remitió el Acta de la Asamblea con una carta que recordaba el impulso que se quería dar a la Asociación y sus prioridades, entre las que se situaba:

*"Condiciones Generales de Venta de acuerdo siempre con las leyes vigentes y las recomendaciones de la CEE  
Elaboración de Estadísticas (...)"*

33. En la inspección en la sede de ITT se encontraron unos correos electrónicos interno de ITT en los que el Director General de ITT solicitaba al Director Comercial y de Marketing explicaciones sobre la política de precios aplicada en 2004, lo que provocó que éste solicitara a un colaborador el 21 de marzo de 2005:

*"(..) prepara la contestación y me la envías a mí. Explica la subida de éste último verano (4%) y el incremento en los descuentos que empezaron a aplicar en el Otoño."...*

34. En la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF celebrada el 5 de julio de 2005 se elige a los miembros que formarán parte de la Junta Directiva (STERLING, GRUNDFOS, IDEAL, B. ELÉCTRICAS, ABS, ITT, MARELLI, ITUR y CAPRARI), se presenta al nuevo Director General y se establece en el punto 4º del OD el orden de Prioridad en las gestiones del Nuevo Director General de la Asociación (folios 506-511).

*"Se establece un extenso debate sobre dicha cuestión, llegando a la conclusión de fijar las Condiciones Generales de Venta como la principal problemática que en la actualidad tiene el Sector. A este respecto y después de un intercambio de opiniones, se establecen los siguientes puntos como prioritarios para las gestiones futuras.*

*Garantías, transportes, retenciones, penalidades, reserva de dominio, embalajes, momento de facturación, resolución de los contratos, daños a terceros, seguros en los transportes, carga y descarga policía de obra, etc...*

*Finalmente se decide que todas las empresas asociadas remitan al nuevo Director General una relación de prioridades y de elaboración de las Condiciones Generales de Venta, con el fin de poder elaborar un compendio general basado en las propuestas recibidas.*

*Una vez configurado dicho resumen, se remitiría a los asociados para su último examen y aprobación definitiva. Con el documento ya ultimado, se realizará un documento de recomendación de dichas Condiciones Generales de Venta por parte de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas para Fluidos.*

*También se propone el mejorar la configuración de la actual Encuesta de producción, así como al creación de grupos de trabajo para la gestión de otras actividades".*

*Asistieron a dicha reunión los representantes de STERLING, IDEAL, ESPA, MARELLI, WILO, ITT, ABS, ITUR, GRUNDFOS, CAPRARI y HMT, excusando su ausencia FLOWSERVE.*

35. La primera reunión de la nueva Junta Directiva de la AEFBF de la que se tiene constancia es la celebrada el 27 de septiembre de 2005 (folio 941). Esta reunión se dedica fundamentalmente a desarrollar el programa de trabajo del Director General de la Asociación en el que destaca:

*"Condiciones Generales de Venta: plazos, garantías, transportes, embalajes, retenciones, forma de pago, condiciones de suministro, policía de obra, etc... que cada empresa va remitiendo al Director General para elaborar un borrador general que será presentado en la próxima reunión para su estudio, modificación o aprobación en su caso".*

36. En la reunión de la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF celebrada el 26 de octubre de 2005 a la que asistieron MARELLI, STERLING, ESPA, WILO, ABS y EBARA, el Director General de la AEFBF presentó el borrador de las recomendaciones sobre las condiciones generales de venta (folio 939-940):

*"(...) abre el debate acerca del borrador que él elaboró referente a los puntos más significativos, reagrupados en sus contenidos de entre los distintas propuestas recibidas de los asociados. Se decide asimismo, el remitir a todos los asociados una relación de las declaraciones de facturación anual de las empresas socios, así como de las correspondientes cuotas para el año 2.005".*

*Consta en el expediente copia de esa relación de facturaciones anuales y cuotas correspondiente al ejercicio 2005 (folio 1312). También que en diciembre de 2005 la AEFBF remitió a los asociados un correo solicitándoles copia del modelo de abono del IVA presentado en 2005 para calcular las cuotas 2006 (folio 1325). Posteriormente, en abril esta información de facturaciones declaradas 2005 y cuotas 2006 se circuló por correo electrónico entre los asociados (folio 2038). Esta operativa se repitió en similares términos todos los ejercicios para proceder al cálculo de las cuotas...*

*ABS, mediante correo electrónico remitido por su Vicepresidente de la Región Sur de Europa al resto de las empresas asociadas de la AEFBF el 13 de febrero de 2006 con el Asunto RE: CONSULTA DE OPINIÓN, manifestó*

su opinión favorable a la creación de grupos de trabajo específicos dentro de la AEFBF, permitiendo encontrar soluciones más eficaces respecto de las condiciones generales de venta (folio 560):

"Estimados compañeros: Desde ABS nos manifestamos de la misma manera que (Director General ITT). Nos parece que podría ser muy operativo crear grupos de trabajo según mercados específicos. De esta manera podríamos encontrar soluciones más eficaces, y con más motivo para el caso de las condiciones generales de venta. No obstante, si se decidiese trabajar de esta forma, debemos de evitar que la Asociación se convierta en una federación de asociaciones sectoriales, ya que esto también tendría inconvenientes añadidos que obviamente no los necesitamos."

41. Estas sugerencias de sectorización no fueron finalmente adoptadas por falta de acuerdo de las empresas. Durante la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF celebrada el 15 de marzo de 2006 se rechazó tal propuesta y se adoptaron las condiciones generales mínimas de consenso para todos los tipos de mercados (folio 567). A dicha reunión asistieron los representantes de GRUNDFOS, CAPRARI, ESPA, ITT, ABS, ITUR, IDEAL, WILO, SULZER, ZEDA y MARELLI, junto con el Director General y Secretario de la AEFBF. Los representantes de STERLING, AZCUE, EBARA y MOTORRENS estaban convocados pero no estuvieron presentes en la reunión.

Ante las observaciones realizadas por parte de alguno de los asociados y lo debatido en la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF de 15 de marzo de 2006, el texto de las Recomendaciones de la AEFBF fue modificado y circulado el 16 de marzo de 2006 (folio 568 a 570) eliminándose la cláusula final, relativa al carácter dispositivo y no vinculante de las recomendaciones elaboradas por la AEFBF e incluyendo nuevas disposiciones en el punto 2, relativo a la ENTREGA DE LOS PRODUCTOS y el punto 4, PAGOS, volviéndose a enviar a todos los asociados el 27 de marzo de 2006 con el siguiente tenor literal (folio 2034- 2037)...

47. El 18 de octubre de 2006 se celebró la Asamblea General Ordinaria en la que como punto del Orden del día figuraba, además del estado actual de las relaciones con CEPREVEN, el Seguimiento de las Condiciones Generales de Venta (folio 4929-4930, 2358).

En dicha Asamblea se acordó el intercambio de información relativo a los incrementos de las tarifas para el año 2007, porcentaje de incremento y fecha de implantación de las nuevas tarifas. Así lo pone de manifiesto el correo electrónico enviado el 16 de noviembre de 2006 por el Director General de la AEFBF a ABS, AIGUAPRES, BÉTICA DE BOMBEO, AZCUE, CAPRARI, GRUNDFOS, BOHISA, IDEAL, ITUR, ZEDA, DAB, DELOULE, EBARA, MARELLI, ESPA, FLOWSERVE, HMT, HIDROTECAR, MOTORRENS, STERLING, SULZER e ITT, con asunto TARIFAS (folio 586, 1184):

"Tal y como se quedó en la última reunión te agradeceré me respondas en este mismo correo, indicándome el próximo incremento de tus tarifas para el 2007 y las fechas en que las pondrás en vigor. Tan pronto como tenga las de todos os las pasaré. Gracias"...

El Director General de la AEFBF desempeñó una labor de recopilación y posterior difusión de los resultados aportados por las empresas participantes y de recordar a las empresas el compromiso adquirido (folio 1385). El 22 de noviembre de 2006 remitió un correo electrónico a los representantes de ABS, AIGUAPRES, BÉTICA DE BOMBEO, BOHISA, IDEAL, ITUR, ZEDA, DAB, DELOULE, EBARA, MARELLI, ESPA, FLOWSERVE, HMT, HIDROTECAR, MOTORRENS, STERLING, SULZER e ITT invitándolas cumplieren con lo acordado y aportasen la previsión de incremento de tarifas y fecha de su entrada en vigor para el año 2007. Asimismo, les recordaba también la necesidad de cumplir las condiciones generales de venta acordadas (folios 588 y 1185):..

50. Este intercambio de información fue ejecutado por ITUR, GRUNDFOS, IDEAL, ZEDA, ESPA, DAB, STERLING, KRIPSOL y ABS, que aportaron información respecto del incrementos de sus tarifas para el año 2007 y recibieron, así mismo, los incrementos de las tarifas de sus competidores. Hay constancia de ello en varios correos. Así, el Director Comercial y de Marketing de ITT comunicó a su Director General mediante correo electrónico de 22 de diciembre de 2006 los incrementos de precios para el año 2007 de las empresas asociadas que se intercambiaron esta información (folio 1186):

"La subida de precios para 2007 queda:

ITUR 4

GRUNDFOS 6

IDEAL 4

ZEDA 4

ESPA 4-7

DAB 5.3

STERLING ¿?

ABS 3"...

Las siguientes reuniones de Junta Directiva y Asamblea se fijaron para el 3 de febrero de 2009 (folios 534 a 540). A la Asamblea acudieron representantes de IDEAL, ITUR, ITT, ESPA, CAPRARI, MARELLI, EBARA, SULZER, ABS, DAB, STERLING, FLOWSERVE, HIDROTECAR y KRIPSOL, excusando su ausencia GRUNDFOS.... Este intercambio de información realizado durante la Asamblea General Extraordinaria de 3 de febrero del 2009 queda asimismo acreditado por las notas manuscritas tomadas por el Vicepresidente de la Región Sur Europa de ABS durante dicha reunión. En el apartado dedicado a las Ventas, el Directivo de ABS recogió la información intercambiada entre las empresas relativas a la facturación obtenida durante el año 2008, en términos porcentuales y totales, las previsiones de facturación y subida de precios para el año 2009, las cifras de facturación conseguidas durante el año 2008 y las previsiones sobre la política de personal a realizar, así como otros detalles de la política estratégica corporativa de estas empresas, como el lanzamiento de nuevos productos al mercado, vicisitudes de la demanda nacional e internacional o problemas con los proveedores (folio 1065):... Dab: 3,450 Aumento un 22% en relación Previsión de aumento 10% en 2009 .Aumento precios 4 o 5%...."

Sólo se han imputado a la filial de la recurrente los hechos relativos a los acuerdos referentes a las condiciones comerciales, no así los relativos a los equipos contra incendios.

La imputación lo es elaborar y acordar condiciones comerciales.

La filial de la recurrente, como resulta de los hechos expuestos, tomó parte en las reuniones en las que se acordó establecer condiciones comerciales e intercambio de información, participando en esta última.

No podemos, por tanto, asumir las tesis de la actora en cuanto sostiene que la elaboración de las condiciones comerciales la realizó la asociación. Ello no responde a la realidad, la imputación se basa en la participación y actividad de la entidad actora en las distintas reuniones de las que resultó un acuerdo sobre condiciones comerciales e intercambio de información.

Tales condiciones no suponen un complemento a la voluntad contractual. Las condiciones que nos ocupan, en cuanto a su generación, no pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación, ni como condiciones tácitas, ya que parten de un acuerdo de voluntades tendentes a uniformar tales condiciones. Y precisamente esa uniformidad voluntaria es la que constituye la práctica anticompetitiva.

Debemos concluir que la filial de la recurrente participó en los hechos imputados que determinan la imputación.

**CUARTO** : Previamente al análisis de las cuestiones de fondo nos referiremos brevemente a una posible caducidad del expediente, que ha sido alegada por otras interesadas en el mismo expediente objeto de autos. En resumen, las suspensiones son las siguientes:

- 1.- El 18 de febrero de 2011 se suspendió el plazo para resolver al dar traslado para alegaciones por cambio de calificación jurídica de los hechos, siendo ampliado el plazo a petición de una de las interesadas.
- 2.- El 21 de marzo de 2011 se suspende nuevamente este plazo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.2 c) de la LDC , hasta que la Comisión Europea de respuesta al requerimiento de información del artículo 114 del Reglamento CE 1/2003.
- 3.- El 4 de abril de 2011 se acuerda otra suspensión para practicar pruebas complementarias y evacuar alegaciones sobre ellas. Estas alegaciones han de incluirse en la suspensión toda vez que se vinculan a estas pruebas complementarias.

En relación a esta cuestión hemos de recordar que el Reglamento de Defensa de la Competencia, R.D. 261/2008 regula la cuestión en el artículo 12 , en los siguientes términos:

*"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."

Respecto del cómputo decíamos en nuestra sentencia de 15 de marzo de 2012, recurso 248/2011 :

"No puede presumirse como hace la recurrente, que el plazo de suspensión del art. 37.2.c) de la LDC ("Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 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 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.") sea de treinta días naturales, sino que al no establecerse un plazo concreto de suspensión máxima, como si se hace por ejemplo en el mismo párrafo en la letra d), debe acudirse a lo dispuesto a tales efectos en el art. 12 del RDC, según el cual el inicio y el fin del periodo de suspensión se fijarán en los respectivos acuerdos. Por otra parte, el art. 48 de la Ley 30/1992 establece que cuando los plazos se señalen por días y la normativa no indique otra cosa, se entenderá que los días son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y festivos."

Desde tales criterios debemos afirmar que las suspensiones referidas fueron correctas, y por ello no se ha excedido el plazo para resolver.

**QUINTO** : Es necesario analizar una posible doble incriminación al sancionarse a AEFBF (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE BOMBAS DE FLUIDOS) y a las empresas asociadas entre las que se encuentra la recurrente.

Las conductas fueron desarrolladas por las entidades asociadas de manera directa - participación en las reuniones de la Asamblea en que se decidieron las condiciones comerciales e intercambiaron información -, siendo la asociación el medio para la realización de tales conductas, prestándoles el apoyo de su estructura y, por ello, tanto la asociación como las asociadas realizaron las conductas. Las estructuras y voluntades de todas ellas confluyeron a realizar los hechos imputados, por tanto no podemos entender que exista doble incriminación.

Conviene recordar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos.

De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

Desde estos parámetros, y dadas las distintas personalidades jurídicas, estructuras y órganos de formación de la voluntad, tanto de las asociadas como de la asociación, es evidente que la conducta puede ser atribuida a todas ellas a título doloso o culposo.

**SEXTO** : Como hemos señalado, la filial de la recurrente participó en las Asambleas en las que se planteó la necesidad de la recomendación de condiciones de venta. Por lo tanto existe una participación determinante



de la filial. También tomó parte activa en los intercambios de información y así resulta de la Resolución como hemos expuesto. No existe base para entender que tal intercambio de información no viniese referida a datos sensibles, porque dada la estabilidad del mercado, la invariabilidad de la cuota en el mismo de cada empresa y la escasa entrada de otros competidores, lleva a concluir, que tales datos, podían suponer un conocimiento recíproco de las distintas estrategias comerciales de las empresas implicadas, haciendo posible la coordinación de sus políticas comerciales.

Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

El artículo 101 del TFUE :

*"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

La recurrente sostiene que la CNC ha subsumido incorrectamente la conducta al considerarla anticompetitiva por objeto, cuando la calificación correcta sería por el efecto, y tal efecto no se ha probado.

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar y recomendar las condiciones comerciales e intercambiar información, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Se denomina cartel o cártel a un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas forman una estructura de mercado monopolística, obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista.



Estos elementos aparecen en los hechos que enjuiciamos, pero, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de cártel, es evidente que se ha producido un acuerdo de voluntades contrario a la libre competencia en los términos expresados.

En relación a la calificación de la conducta como cártel, en nuestra sentencia de 19 de marzo de 2013, recurso 385/2011, en la que se enjuiciaba la misma Resolución que hoy examinamos, decíamos:

*"QUINTO - El primer motivo de impugnación que recoge la demanda es que las conductas declaradas probadas no constituyen un cártel, porque no concurren los elementos tipificados en la Disposición Adicional 4ª LDC. Y ello porque no hubo acuerdo, porque no fue secreto y porque el objetivo de este no fue la fijación de precios. Considera que, si bien las conductas individualmente consideradas de las empresas expedientadas, pudieran ser contrarias al art. 1 LDC no pueden en ningún caso ser consideradas como cártel.*

*La D.A. 4ª LDC establece: " 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"*

*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. En este caso, los acuerdos eran secretos para los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) para 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, si bien las recomendaciones fueron hechas públicas, no lo fueron los mecanismos para su ejecución, el seguimiento, ni el resto de las acciones de coordinación e intercambio de información. Igualmente resulta del expediente administrativo que existían 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, lo que permite concluir 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 todo caso, la Comisión Europea, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01) ha señalado que 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 percederos 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."*

*En este caso, no se ha practicado prueba alguna que acredite que la conducta enjuiciada es procompetitiva y que los intercambios de información fueron beneficiosos para la competencia."*

Respecto de la calificación como infracción única y continuada, también es cuestión ya resuelta en la sentencia citada:

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

*Según la recurrente:*

- No concurre un propósito común que confiera unidad a la pluralidad de acciones presuntamente anticompetitivas llevadas a cabo por ITT en el seno de la AEFBF.*
- No existe tampoco una proximidad temporal entre las conductas imputadas.*

- No existe unidad de sujetos activos idénticos.
- No existe homogeneidad en el *modus operandi* utilizado para realizar la conducta.

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 Participazioni, 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 Participazioni, 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 Participazioni, 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 de la conducta enjuiciada, para valorar las alegaciones de la recurrente a luz de estas precisiones jurisprudenciales permite concluir que la CNC ha calificado la conducta correctamente como infracción continuada porque:

- Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva en cuanto a su actividad empresarial en el mismo sector) participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de sus productos. Hay un plan común para limitar el poder negociador de los clientes tratando de imponerles condiciones comerciales.

- La armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.

-Las actuaciones presentan un vínculo de complementariedad: se ha 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. 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 son analizadas 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. Por lo tanto ha quedado acreditada la existencia de un propósito común que confiere unidad a la pluralidad de acciones anticompetitivas llevadas a cabo por, entre otras, la empresa actora.



*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 lo relevante 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."*

Estas reflexiones son aplicables al supuesto de autos, pues se enjuicia la misma conducta.

**SEPTIMO** : Respecto a la alegación relativa a que la conducta puede ser calificada de menor importancia, hemos de recordar la regulación legal.

Pues bien, el artículo 5 de la Ley 15/2007 establece:

*"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado."*

El Real Decreto 261/2008 establece en su artículo 2 :

*"1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:*

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) la limitación de la producción o las ventas;*
- c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones..."*

La cuestión relativa a si la conducta anticompetitiva lo es por objeto, en nuestra sentencia anteriormente citada, también tratamos tal problema:

*"SEPTIMO- . La actora sostiene que la recomendación de condiciones comerciales y los intercambios de información no constituyen una infracción por objeto de los artículos 1 LDC y 101 TFUE . Y que, en todo caso la recomendación de precios reúne los requisitos de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE .*

*Según la actora, para que un acuerdo de cooperación horizontal sea considerado una infracción por objeto del art. 1.1 LDC o del art. 101.1 TFUE deben concurrir alguna de las siguientes circunstancias: que el acuerdo tenga por objeto la fijación de precios o el reparto del mercado, o si el acuerdo no tiene tal objeto, que por su propia naturaleza tenga la aptitud necesaria para restringir la competencia, es decir, que tenga la capacidad de producir efectos restrictivos de la competencia en el mercado considerado. Mantiene que no cumplen las conductas enjuiciadas ninguno de los dos requisitos.*

*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."

El Tribunal de Justicia, afirmaba en su sentencia de 13 de diciembre de 2012 :

*"Sobre la cuestión prejudicial*

14 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis.

15 Procede recordar que, con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

16 Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante ( sentencias de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7; de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 77; y de 21 de enero de 1999, *Bagnasco y otros*, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 34, y de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 50).

17 Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros ( sentencias de 24 de octubre de 1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 18; de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 12, y de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, Rec. p. I-2437, apartado 68)."

No pude aplicarse la regla de menor importancia porque, de lo expuesto resulta, que la conducta imputada, sólo podía tener por objeto restringir la libre competencia, y revestía aptitud para alcanzar tal objetivo.

**OCTAVO** : Respecto a la proporcionalidad en la imposición de la sanción, no se realizan alegaciones referentes a la aplicación del artículo 63 de la Ley 15/2007 . El razonamiento contenido en la Resolución es el siguiente:

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

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

*El Consejo no puede acoger estas pretensiones. Ha quedado demostrada como se expone en el Fundamento de Derecho Séptimo la participación en las conductas de aquellas empresas que dicen hacer sólo bombas de*

diseño. Así las cosas, no procede excluir este volumen de negocios del cómputo. Máxime cuando las condiciones generales de venta acordadas no hacen referencia ni excluyen a un tipo concreto de producto y contienen cláusulas que pueden afectar por igual a los diferentes productos, sin perjuicio de que el grado de dificultad para imponerlas a los clientes de uno u otro tipo pueda ser mayor.

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

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

Y se añade:

"En vista de todo lo anteriormente dicho y teniendo en cuenta la base de volumen de negocios tomada para el cálculo, el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 3% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo, lo que se traduce en los siguientes importes redondeados:..."

Las sanciones se han impuesto en su grado mínimo por lo que se respeta el principio de proporcionalidad, sin que podamos considerar atenuantes, ni la duración, ni el mercado afectado, que son parámetros que determinan la gravedad de la infracción y, por ello de la sanción, pero que no operan como atenuantes. Y en este caso decíamos que la sanción se ha impuesto en su grado mínimo precisamente al no considerar una especial gravedad en el comportamiento.

La recurrente sostiene que su filial no participó. ni en la elaboración ni en la aplicación de los acuerdos. Pero resulta de lo explicado anteriormente, que la filial de la actora concurrió a las reuniones y tomó parte activa en la concertación de voluntades anticompetitivas.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de la matriz, se ha aceptado expresamente por el Tribunal Justicia de la UE, en sentencia de 20 de enero de 2011, C- 90/09 , desde el prisma de la unidad de decisión:

"84 La respuesta al presente motivo implica determinar si, y en su caso en qué condiciones, la Comisión puede considerar a la sociedad que está al frente de un grupo (en lo sucesivo, «sociedad holding»), RYPF en este caso, solidariamente responsable de una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia cometida por una sociedad, GQ en este caso, cuyo capital está íntegramente en manos de una sociedad intermedia del mismo grupo, RQ en este caso, controlada a su vez al 100 % por la sociedad holding.

85 A este respecto, es necesario señalar que, según la reiterada jurisprudencia citada en los apartados 34 a 38 de la presente sentencia, la Comisión puede, en determinados supuestos, adoptar una decisión por la que se imponga a una sociedad una multa como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia sin necesidad de demostrar su implicación directa en tal infracción, en particular cuando una filial, aun teniendo una personalidad jurídica separada, no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su sociedad matriz.

86 Así pues, habida cuenta de estas consideraciones, no puede excluirse la posibilidad de que una sociedad holding sea considerada solidariamente responsable por las infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia cometidas por una filial de su grupo cuyo capital social no posee directamente, siempre que esta sociedad holding ejerza una influencia decisiva sobre dicha filial, aunque sea de forma indirecta mediante una sociedad interpuesta. Así ocurre, en particular, cuando la filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado respecto de dicha sociedad interpuesta, la cual tampoco actúa autónomamente en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad holding.

87 En efecto, en tal situación la sociedad holding, la sociedad interpuesta y la última filial del grupo forman parte de una misma unidad económica y, en consecuencia, constituyen una única empresa a efectos del Derecho de la Unión en materia de competencia.



88 De ello se desprende que, como señaló el Abogado General en los puntos 62 y 63 de sus conclusiones, en el caso concreto de que una sociedad holding posea el 100 % del capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, la totalidad del capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad holding ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de esta última, también sobre el comportamiento de dicha filial.

89 Por lo tanto, en esta situación específica, la Comisión está facultada para considerar a la sociedad holding solidariamente responsable del pago de la multa impuesta a la última filial del grupo, salvo que dicha sociedad holding desvirtúe esta presunción probando que la sociedad interpuesta o dicha filial actúan de forma autónoma en el mercado (véanse, por analogía, las sentencias, antes citadas, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, apartado 29, y Akzo Nobel y otros/Comisión, apartado 61)."

Esta doctrina se reitera en la sentencia de 26 de noviembre de 2013, C-50/12 y de 10 de abril de 2014, C-247/11 y C-253/11.

En el presente caso resulta acreditado que "ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. (ABS) es una empresa filial del grupo sueco ABS, perteneciendo en un 100% a ABS Group AB, desde al menos 1994, cuya central está en Suecia. A su vez, ABS es parte del Grupo Cardo, conglomerado industrial sueco que cotiza en la Bolsa de Estocolmo. ABS Group AB ejerce sobre ABS TECNOLOGÍAS DEL AGUA, S.A. su control de manera efectiva (folios 960 a 968)."

No puede, racionalmente, sostenerse que entre una matriz y una filial no existe unidad de decisión, cuando el capital de esta pertenece al 100% a la primera. Cualquiera que sea la autonomía organizativa de la filial, existe unidad de decisión en cuanto la matriz controla completamente los órganos de decisión de la filial, pues es titular del capital al 100%. Tampoco existe ningún elemento fáctico aportado por la actora, del que resulte que la filial actuó al margen de la matriz.

Por ello es correcta la declaración de responsabilidad solidaria de la matriz que se contiene en la Resolución impugnada.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede imponer las costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Sulzer Pump Solutions AB**, y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Carmen Azpeitia Bello, 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**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas a la parte recurrente.

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 Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.