

Id. Cendoj: 28079230062013100044
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/02/2013
Nº de Recurso: 469/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a uno de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Bombas Zeda, S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Luís García Guardia, 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** s Flowserve Spain S.L. y Flowserve Corporation y la cuantía del presente recurso **157.500 €** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Bombas Zeda, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dº José Luís García Guardia, 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 pruebas, practicadas las declaradas pertinentes, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y

pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintinueve de enero de dos mil trece.

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 157.500 € 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:.. BOMBAS ZEDA, S.A.,...

SEGUNDO. Declarar que el Procedimiento de Calificación para ECIs y el Modelo de Calidad de la AEFBF tal y como han sido formulados contienen cláusulas restrictivas de la competencia y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de la que son responsables, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Séptimo las siguientes empresas junto con la AEFBF:... BOMBAS ZEDA, S.A.;...

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones... 157.500€ a BOMBAS ZEDA, S.A.,"

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

"ZEDA es una empresa de carácter familiar que produce bombas centrífugas y equipos de extinción de incendios, siendo el máximo accionista desde el año 1994 una persona física (72,5 % del capital social en 2009), sin ninguna sociedad matriz ni participada. ZEDA fabrica equipos especializados y de corta duración, la demanda de bombas hidráulicas es muy diversa y procede de sectores diversos como el industrial, químico, marino, minería, extinción de incendios, abastecimientos, refrigeración y cogeneración entre otras. De acuerdo con la información contenida en su página Web, la principal actividad de ZEDA es la fabricación de bombas centrífugas de todo tipo, potencia y para todo tipo de líquidos, así como el diseño y desarrollo de equipos para su directa aplicación (folios 4644 y 4645).

ZEDA cuenta con puntos de venta y servicios de asistencia técnica en los principales lugares de España, Comunidad Europea, Oriente Próximo o Lejano, Estados Unidos, Centro América, Sur América y algunos lugares de África.

De acuerdo con la información aportada por la empresa en contestación al requerimiento de información realizado por esta DI, Bombas Zeda perteneció a la AEFBF al menos desde el año 1994 hasta el año 2006, sin pertenecer actualmente a la AEFBF (folio 4644)."

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

"El 22 de noviembre de 2004 tuvo lugar una reunión de fabricantes y empresas comerciales españolas de Bombas de Líquidos y Gases, convocada y presidida por el entonces presidente de la AEFBF y en ese momento, Director General de STERLING.

Los asistentes a esta reunión fueron los máximos directivos, en su mayor parte Directores Generales o Directores Comerciales, de todas las empresas asociadas a la AEFBF es decir, IDEAL, DELOULE, EBARA, ESPA, FLOWSERVE SPAIN, HIDROTECAR, ITUR, MARELLI, STERLING y ZEDA, junto con otras empresas no asociadas de la AEFBF en ese momento como ABS, GRUNDFOS, CAPRARI y WILO. Fueron también convocados otros fabricantes de bombas de fluidos no asociadas en la AEFBF en ese momento, como ITT (anteriormente denominada TFB-Flygt) que no pudieron enviar representante a dicha reunión pero mostraron su interés en participar.

En esta reunión de 22 de noviembre de 2004, las empresas asistentes analizaron el estado de la AEFBF hasta ese momento, presentando una serie de propuestas con el objetivo de modificar los objetivos a conseguir por la AEFBF, como se indica en un documento que circuló con posterioridad a la citada reunión el entonces Presidente (Protocolo de constitución, folios 1614 a 1617, encontrado en la sede de Sterling)...

Queda acreditada la celebración de, al menos, 46 reuniones en el seno de la AEFBF desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 13 de abril de 2010, mantenidas por los principales fabricantes y distribuidores de bombas hidráulicas de fluidos. La DI realiza una detallada descripción de las mismas que se realiza en el apartado 4.4 del PCH con base en la documentación que obra en el expediente. Esta descripción comprende reuniones de la Junta Directiva, de la Asamblea, del grupo de trabajo de fabricantes de equipos contra incendios (ECI) y de coordinadores.

En Junta Directiva y Asamblea se trataba recurrentemente de los siguientes temas: admisión de asociados (con una clara vocación de expandir el ámbito de la asociación); cuotas de asociado; condiciones generales de venta; ferias, estadísticas; situación del mercado y calificación CEPREVEN para ECIs...

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...

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..."

En relación con los equipos contra incendios:

"Las empresas fabricantes de ECIs empezaron a reunirse para debatir esta cuestión a partir de 2005, siendo la primera reunión acreditada en este expediente la celebrada en Valencia el 17 de mayo de 2005, a la que asistieron ESPA, ZEDA, EBARA, IDEAL, MARELLI, ITUR, GRUNDFOS, CAPRARI, BLOCH, CALPEDA, ALSINA y FLOWSERVE, todos ellos fabricantes de bombas destinadas a los ECIs. En esta reunión las citadas empresas analizaron diversos asuntos relativos a la evolución del mercado de ECIs, problemas concurrentes y posibles soluciones al respecto..."

En la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF celebrada el 22 de noviembre de 2005 consta como principal asunto "Equipos de Bombeo de Protección Contra Incendios". A dicha reunión asistieron representantes de ZEDA, MARELLI, CIMSA (Grupo ESPA), IDEAL, ITUR, GRUNDFOS, EBARA y KRIPSOL. En el Acta (folios 419 y 420) se menciona que se ha acordado crear un equipo de trabajo en el que se hiciera intervenir a los técnicos de las empresas asociadas y relacionadas con el sector contra incendios con el fin de clarificar la ética técnica y comercial en este sector..."

Tras esta reunión de 10 de febrero se concedieron unos días para que las empresas fabricantes de ECIs, analizaran y presentasen las observaciones que considerasen necesarias al Modelo de Calidad acordado inicialmente en dicha reunión, tras la remisión por ITUR de la propuesta del Modelo de Calidad de la AEFBF (folio 666-668). Las empresas fueron expresando por correo electrónico su conformidad al modelo (folios, 2342, 2343, 2336, 2338, 2340).

De acuerdo con el correo electrónico remitido por el Director de Marketing de ITUR al resto de fabricantes y al Director General de la AEFBF enviado el 27 de febrero de 2009, con el Asunto CL16-Modelo de Calidad de la AEFBF (folio 666 y 667) finalmente y ante la aquiescencia de ITT, KRIPSOL (5275), ESPA, IDEAL (5255) e ITUR y la ausencia de observaciones por parte del resto de fabricantes de ECIs, el Modelo de Calidad de la AEFBF para Empresas Fabricantes de Equipos de Bombeo Contra Incendios (ECIs), quedó definitivamente aprobado en febrero de 2009."

La recurrente, como resulta de los hechos expuestos, tomó parte en las reuniones en las que se acordó establecer condiciones comerciales, intercambio de información y estandarización de los equipos contra incendios en función de requisitos de calidad. Es cierto que la actora no participó en todas las reuniones, pero, estando en algunas de ellas, conociendo los acuerdos y entando al corriente de la evolución de los mismo, no consta la manifestación de su oposición a los mismos, mediante un voto en contra, comunicación de desacuerdo o cualquier otro medio que pusiese de manifiesto su voluntad contraria al desarrollo de las actuaciones que le eran conocidas por su participación en algunas de las reuniones.

Debemos concluir que la recurrente participó en los hechos imputados que

determinan la imputación.

CUARTO : Entraremos ahora en la cuestión relativa a la caducidad del expediente. 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 acudir 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 : Se alega 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.

No podemos aceptar esta afirmación. 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, acordaron el modelo de calidad 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 : Se afirma por la recurrente a continuación, que en ningún caso puede imputársele la conducta relativa a la recomendación de condiciones comerciales, pues se separó voluntariamente de su elaboración sin haber participado en ejecución alguna. Es cierta la alegación actora relativa a lo infundado del razonamiento de la CNC al entender que la conducta es inescindible, porque, si efectivamente, alguna de las participantes se separa de las negociaciones antes del acuerdo y no lo ejecuta, nunca le sería imputable.

Pero, como hemos señalado, la recurrente participó en las Asambleas en las que se planteó la necesidad de la recomendación, y si bien posteriormente dejó de asistir, nunca manifestó su oposición a la recomendación y su ejecución - al menos no consta de forma indubitada -, siendo conocedora de la misma. Esta actitud permisiva, ante una recomendación que le constaba y en cuya gestación había participado, no puede eximirla de responsabilidad en la medida en que la concurrencia de voluntades de todas las asociadas, ya sea de manera tácita cuando conocían los hechos, determinó la posibilidad real de que dicha recomendación se adoptase. Por lo tanto existe una participación determinante de la recurrente, en cuanto no manifestó su voluntad contraria a la recomendación después de haber tomado parte en reuniones en las que el tema fue tratado. Una vez iniciado un comportamiento anticompetitivo, la separación del mismo ha de resultar, si no de una manifestación expresa, si al menos de actos concluyentes que en este caso no constan, ya que una actitud pasiva implica la falta de oposición a una recomendación en la que la voluntad concurrente de las interesadas es determinante. No podemos, por tal razón, aceptar la afirmación contenida en la demanda, en cuanto a que la recurrente fue completamente ajena a la recomendación.

En cuanto a los intercambios de información, bien es cierto que no comprenden a la recurrente en relación a estadísticas de producción y tarifas postventa a partir del 2008, no lo es menos, que intercambió información relativa a volumen de producción e incrementos de tarifas en años anteriores, - 2004, 2005 y 2006 -; aunque respecto de tal información se afirma en la demanda que no era apta para eliminar la incertidumbre porque eran datos del pasado. Pero, como se señala en la contestación a la demanda, 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, aún del pasado, 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 .

SEPTIMO : Respecto de la conducta relativa a los equipos contra incendios, es igualmente aplicable los razonamientos anteriores. Resulta probado, y la actora expresamente lo reconoce en su demanda, que participó en las primeras reuniones, sin que hubiese una manifestación clara de su voluntad contraria a la práctica.

En cuanto a la práctica en si misma, se trata de establecer una calificación de calidad de fabricación, que no responde estrictamente a las prescripciones legales, esto es, las exigencias no encuentran cobertura legal; por ello, establecer requisitos adicionales para un reconocimiento de calidad del producto, implica una barrera a las restantes empresas del sector que no pudiesen obtener esta calificación. Implica, en resumen, establecer requisitos de facto que no están legalmente previstos.

En cuanto a la posible restricción de la competencia, hemos de remitirnos a lo dicho anteriormente; no se trata de que se haya producido una efectiva restricción de la competencia, sino de que la conducta tiene aptitud para restringir la competencia.

Entrando ahora en las cuestiones relativas a la graduación de la sanción, recordemos las afirmaciones contenidas en la Resolución, respecto a la primera infracción:

"El Consejo considera que procede aplicar un atenuante del 5% a ZEDA por haber puesto fin a la infracción y de un 15% a WILO que dejó la Asociación explícitamente por recomendación de sus asesores para poner fin a las prácticas prohibidas. Ello supone que la sanción en su caso sería de 385.000€ en el caso de WILO y de 146.300€ en el caso de ZEDA."

La razón de la diferencia en la cuantía por aplicación de la atenuante, se justifica en cuanto la entidad Wilo deja la asociación explícitamente, mientras que la recurrente, como hemos señalado, si bien se separa de la conducta, no lo hace de manera explícita.

Respecto de la segunda infracción se cuantificado la multa inferior al 1% del volumen de ventas afectado.

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.

En cuanto a la pasividad de la actora, ha sido considerada en la primera infracción - se tiene en cuenta su separación de la conducta -, pero tal pasividad no altera conductas consistentes en acuerdos de voluntades, pues la voluntad, durante un tiempo, concurrió con las restantes empresas.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 -disposición transitoria novena -.

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 **Bombas Zeda, S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^o José Luís García Guardia, 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 la cuantía del presente recurso **157.500 €** ., debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos** , sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la 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.