

Id. Cendoj: 28079230062013100126
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/03/2013
Nº de Recurso: 383/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Dab Pumps Ibérica, S.L.** y **Grundfos Holding A.S.** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Victorio Venturini Medina, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011**, relativa sanción, siendo **Codemandada** s Flowserve Spain S.L. y Flowserve Corporation y la cuantía del presente recurso 135.000 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Dab Pumps Ibérica, S.L. y Grundfos Holding A.S. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Victorio Venturini Medina, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011, 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 doce de marzo 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 135.000 € 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:..DAB PUMPS IBÉRICA, S.L. y, solidariamente, su matriz GRUNDFOS HOLDING A/S...

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones...135.000€ a DAB PUMPS IBÉRICA, S.L. y, solidariamente, su matriz GRUNDFOS HOLDING A/S,"

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

"DAB PUMPS IBÉRICA, S.L. (DAB) fue constituida el 14 de octubre de 2003, con posterioridad a la adquisición del grupo italiano DAB S.p.A. (actualmente denominado DWT Holding S.p.A) por el grupo GRUNDFOS el 1 de septiembre de 1996, que produce bombas con aplicaciones para varias industrias y cuya matriz de control es Grundfos Holding, A.G. (folios 4353-4354, 4577- 4578).

DAB PUMPS IBÉRICA, S.L. se dedica a la comercialización de los productos fabricados por DWT Holding S.p.A. y de las otras sociedades del grupo (folio 5897). DAB PUMPS IBÉRICA S.L. es miembro de la AEFBF desde el 24 de febrero de 2005 (folio 2434)."

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

"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. Leovigildo 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)..."

El 30 de mayo de 2006 se celebró la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF. Asistieron los representantes de STERLING (que a su vez ejercía el cargo de Presidente de la Asociación), ESPA, CAPRARI, ITUR, SULZER, KRIPSOL, DAB, MARELLI, IDEAL, GRUNDFOS, EBARA, ZEDA, ITT, FLOWSERVE e HIDROTECAR (empresa invitada).

En el Acta (folios 575 a 577 y 933a 935) consta que en Ruegos y Preguntas el Presidente y el Director General de la AEFBF se comprometen a elaborar un nuevo modelo de ESTADÍSTICAS de mercado para remitirlo a los asociados. Una vez analizado por éstos se llevará a cabo la redacción definitiva. Con el nuevo modelo solicitarán los datos estadísticos a las empresas asociadas y una vez recibidos, se elaborará la consolidación definitiva para información general de todos los miembros. También se decide solicitar los datos a las empresas del sector no asociadas (folio 576).

Respecto a las condiciones Generales de Venta en el Acta solo figura "Se comentan algunos apartados de las condiciones Generales de Venta, recomendadas por la Asociación".

Sin embargo, de acuerdo con los correos circulados con posterioridad a la reunión (folios 572, 1175, 2040, 2047) se asumió el compromiso de que tales condiciones figuraran en las ofertas realizadas a clientes. También se acordó nombrar en cada empresa un interlocutor o "coordinador" para el caso de que surgieran cuestiones entre empresas en la aplicación de las condiciones con respecto a algún cliente. Sirva de ejemplo el correo enviado por IDEAL el 9 de junio de 2006 al Director de la AEFBF (folio 1377):

"Volviéndonos locos con la reconversión a los 90 días, tengo la necesidad de comunicar con Flowserver, pero no tengo ni el nombre ni la dirección de correo, de la persona de contacto.

Te agradecería me los pasaras lo antes posible para comentar temas concretos de clientes que informan que les dan más plazo de 90 días":

A lo que el Director de la AEFBF le respondió:

*"Apreciado (Director Comercial IDEAL): En la última reunión se acordó que cada Empresa nominaría una persona de contacto con su respectivo número de móvil. Al día de la fecha solo lo han comunicado 7 de las 20, entre las que faltan estáis vosotros. En Flowserve y hasta que estos digan lo contrario, contacta con (Director de Ventas), nº de móvil. Por otro lado y como no eres el único que está teniendo problemas a petición de (...) de Bombas ITUR vamos a convocar una reunión urgente para el próximo día 15
....*

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):..

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"

El Director General de DAB comunicó al Director General de la AEFBF el 18 de diciembre de 2006 el incremento de sus tarifas para el año 2007 (folio 1388):

"Hola (Director General de la AEFBF), Hemos cambiado la subida, te ruego de considerar un 6,5%".

A principios de enero de 2007 el representante de DAB, tras haber comunicado su incremento de las tarifas para el ejercicio 2007, solicitó al Director General de la AEFBF la comunicación de los incrementos del resto de las empresas (folio 1388). En

respuesta a este correo, el Director General de la AEFBF le transmitió las subidas de precios (folio 1387):

"Te doy las subidas de tarifa de los que han contestado:

Itur: 4% subirá el 1-1-2007

Grundfos: 6% subirá el 1-1-2007

Bombas Ideal: 3-4 % subió el 9-2006 y subirá un 4% el 1-3-2007

Bombas Zeda: 4% subirá el 1-1-2007

Espa: 4-7 % subió el 1-10-2006

Sterling: subirá en Mayo pero aún no saben la cantidad

ABS: 3% subió en septiembre 2006. El 1-1-2007 subirá el IPC"...

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 recurrente los hechos relativos a los acuerdos referentes a las condiciones comerciales, no así los relativos a los equipos contra incendios.

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 la imputación se ha realizado en cuanto miembro de una 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 recurrente participó en los hechos imputados que determinan la imputación.

La cuestión relativa a un error de prohibición viene referida al título subjetivo de la imputación y la analizaremos más adelante.

CUARTO : Previamente al análisis de las cuestiones de fondo nos referiremos brevemente a una posible 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 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.

No podemos entender que nos encontramos ante un error de prohibición. La regulación de los acuerdos y prácticas anticompetitivas ha sido desarrollada jurisprudencialmente de forma duradera, no sólo por los Tribunales Españoles sino también por el TJC. No existen dudas razonables sobre el comportamiento, ni circunstancias fácticas o normativas que puedan racionalmente cuestionar el carácter anticompetitivo de la conducta.

En cuanto a la indefensión, el cambio de calificación y la imputación de un nuevo hecho, ha podido ser discutido por la actora ante el órgano de la competencia y la propia Sala, por lo que no puede aceptarse la existencia de una indefensión material.

SEXTO : Como hemos señalado, 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 recurrente. También tomo parte activa en los intercambios de información, en ellos tomó parte la recurrente, 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.

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

"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: ...DAB 135.000 €..."

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 responsabilidad solidaria de la matriz, se ha aceptado expresamente por el Tribunal General en sentencia de 24 de marzo de 2011, desde el prisma de la unidad de decisión. 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.

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 **Dab Pumps Ibérica, S.L. y Grundfos Holding A.S.** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Victorio Venturini Medina, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011**, 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.