

Id. Cendoj: 28079230062013100067
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 04/02/2013
Nº de Recurso: 389/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cuatro 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 **Sulzer Pumps Spain, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Antonio Ortega Fuentes, 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 **1.044.000 €**.

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 1.044.000 € 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:.. SULZER PUMPS SPAIN, S.A. y, solidariamente, su matriz SULZER,,...

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de las infracciones...1.044.000€ a SULZER PUMPS SPAIN, S.A. y, solidariamente, su matriz SULZER, A.G.,"

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

"SULZER PUMPS SPAIN, S.A. es una filial de la compañía suiza Sulzer Pumps que distribuye bombas con aplicaciones para energía, aceite, agua, agricultura y otras industrias. SULZER PUMPS SPAIN depende funcional y jerárquicamente de la dirección del Grupo SULZER, establecido en Suiza. SULZER AG es titular del 100% del capital de SULZER NETHERLAND HOLDING B.V., la cual a su vez es la titular del 100% de SULZER PUMPS SPAIN, S.A (folios 2464 y 3800).

De acuerdo con la información aportada por la empresa, desde el año 1994 la actividad de bombas del Grupo Sulzer en España fue llevada a cabo por su sociedad filial SULZER ESPAÑA, S.A. En el año 2002, SULZER ESPAÑA, S.A. cedió su rama de actividad de bombas a la empresa AHLSTROM PUMPS, S.A., que luego cambió su denominación por SULZER PUMPS SPAIN, S.A. Por lo tanto, desde el año 2002 hasta la actualidad la actividad de bombas del Grupo SULZER en España se ha realizado a través de SULZER PUMPS SPAIN, S.A. (antes AHLSTROM PUMPS, .S.A.), mientras que SULZER ESPAÑA, S.A. fue liquidada en el año 2007 (folios 2464, 3800, 5041 y 5042).

De acuerdo con la información aportada por la empresa SULZER PUMPS SPAIN S.A. ha sido miembro de la AEFBF desde enero de 2006 hasta el 10 dediciembre de 2009, constando en el acta de la Asamblea General de 12 de enero de 2010 (folios 2496 y 3684 a 3686, 5776 a 5779)."

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

"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,...

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)

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..

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.

En la reunión de la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 10 de enero de 2006, el Director General de la AEFBF presentó para su aprobación el último borrador de las recomendaciones sobre las condiciones generales de venta, que previamente había sido presentado a un despacho de abogados con el objeto de recabar su conformidad en relación a la legalidad de las mismas. Se distribuyó asimismo dicho dictamen jurídico.

Según el acta, tras un largo debate se introdujeron una serie de modificaciones acordándose volver a recabar el informe jurídico sobre dicho borrador, para posteriormente ser enviado a todos los asociados.

En ruegos y preguntas, el Presidente sugirió la posibilidad de rehacer los cuestionarios relativos a la elaboración de Estadísticas de Producción, con el fin "de renovar sus contenidos e intercambiarlas con otros países".

Asistieron a dicha reunión representantes de STERLING, ROSTOR, ESPA, ITT, ABS, MARELLI, CAPRARI, IDEAL, ITUR, WILO, SULZER, EBARA y FLOWSERVE excusando su ausencia ZEDA y DELOULE (folios 512 a 514 y 936 a 938)...

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):...

En ese mismo sentido, el entonces Director Técnico y actual Director General de STERLING procedió a comunicar al Director General de la AEFBF la información acordada (folio 1566-1567):

"Estimado Sr. (Director General de la AEFBF),

En Sterling no tenemos realizar la nueva revisión de precios hasta al menos transcurridos 4 o 5 meses del 2007. Nuestra última subida de tarifas se realizó en Agosto de este año 2006. El incremento de tarifas no está aún decidido y dependerá de las variaciones en el precio de las materias primas y de la evolución del IPC. No obstante le rogaría me incluyese en el distribuidor de correos para conocer las decisiones del resto de los fabricantes. Saludos, (Director General de STERLING)"

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"..

Consta un correo interno de MARELLI de 30 de octubre de 2008 con asunto "Reunión de coordinadores de la Asociación Española de Bombas de Fluidos" donde la persona que asistió a la misma resume la citada reunión de 28 de octubre de 2008 (folios 354 y 355):

"Estimados todos, os resumo los puntos a destacar durante la reunión de Coordinadores de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas para Fluidos. El objeto de la reunión era la revisión de la recomendación de la asociación para no vender a más de 90 días. Empresas presentes:

Itur- KSB, Grundfos, Kripsol, Sulzer, Ebara, ITT, ABS, Caprari, Aiguapres- Saer, Espa.

Comentarios: Quejas generalizadas por la ausencia de Flowserve, al que parece ser le querían recriminar el incumplimiento de la recomendación.

Después de varios rodeos y de que Sulzer admitiera claramente que vende a las empresas del grupo Abengoa a 180 días porque si no, no vende, se descuelgan con el mismo comentario KSB, ABS, ITT. Se pretende hacer diferenciaciones por sectores para el tema ya comentado pero por discrepancias e intereses varios se deja como está pero con la constante del tema del pago a 120 en clientes de clima y los 180 del Grupo Abengoa. Comentan que Zeda esté fuera de la asociación es un problema.

Se toca el tema de morosidad, sin más que añadir, que es mal generalizado. Se toca también el tema de las dificultades de conseguir riesgo por parte de las compañías de Riesgo. Se comenta que Cadagus enseña las diferentes ofertas para lograr el mejor precio (...)"

SUBIDAS PREVISTAS PARA 2009

GRUNDFOS: 6-8% EN ENERO,

AIGUAPRES SAER: NO SABE AÚN,

CAPRARI: 4-5%,

SULZER: 5%,

ITT: NO SABE AÚN,

ABS: 4-5%,

IDEAL: 4-5%,

KRIPSOL: 4-5%,

SUNDYNE MARELLI: NO SABEMOS,

EBARA: NO SABE,

ESPA: 5%,.

FLOWSERVE: 5% SEGÚN ASEGURÓ EL DIRECTOR DE GRUNDFOS POR

COMENTARIOS DIRECTOS DE FLOWSERVE A ÉL.

Todas las subidas en teoría serán en enero.

Sobre la subida de salarios vienen todos a decir que correspondiendo con IPC y algunos "un poco más"... (..) Creo que el tema del acuerdo de los pagos se lo está aplicando cada uno según criterios de Interés, que cuando son importantes y coincidentes lo transforman en excepción y el resto no dice nada porque hacen lo que les parece. Lo curioso es que después de ver que el personal se salta el tema como quiere, dicen estar muy contentos por la aplicación de la medida"...

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.

En el Punto Tercero de la Asamblea se incluye el análisis de la situación del mercado. El acta solo recoge una mención general. Sin embargo, en el resumen interno de la reunión aportado por MARELLI se observa que cada una de las empresas realizó una descripción de sus previsiones de facturación y la cuantía del incremento de los precios para 2009, así como las cifras de facturación conseguidas durante 2008 que el representante de MARELLI resumió en la siguiente tabla (folios 527 a 529):...

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):

"Espa: 43,0 2007: -5% 2008: -2% Bajada del 20 %. 54,9 en 2007 posible bajada en 2009 de ventas por problemas financieros. Aumentaron precios el 4,5 el 1 de Octubre pero van a sacar la nueva bomba de () definitiva con cambio del 5% al 8,5% variando y sin ().

Caprari: 16, Mantener plantilla. Caída en los últimos 6 meses. Han aumentado el 1% en total las ventas problemáticas en los cobros, tienen menos consultas. Estimación 2009: Caída del 5%. Aumento precios el 5%.

Dab: 3,450 Aumento un 22% en relación Previsión de aumento 10% en 2009 .Aumento precios 4 o 5%.

Hidrotecar: 2007 aumentaron mucho 2008 incremento. Muy buenos resultados en facturación y en cartera. Previsión del 2009 buenas. Preocupado con la industria Petroquímica 2007 6,856. Aumento precios del 4,5%.

Sulzer: 57 Plantilla: mantener. Año muy bueno en 2007 fue 22 pero mucho internacional. 2008 22.2 nacional Presupuesto 2009 peor que el 2008. La demanda va a bajar y por lo tanto, seguramente que bajaran los precios. El 2009 va a ser una incógnita.

Flowserve en 2007 + 57 en 2008 mantener. 2008 muy bueno. Aumento facturación importante. Aumento sobre todo de exportación. Año record 2008 de cartera de pedidos y por lo tanto el 2009 tiene buena pinta por la cartera. La primera mitad puede ser buena y la segunda parte es una incertidumbre. Tienen noticias de reducción de precios con clientes en contratos vigentes, no sólo con clientes de Oriente Medio sino que también Repsol. Muchos clientes con pedidos en producción quieren una rebaja de precios. Aumento de precios del 5% para equipos Standard y repuestos y que se mantenga o se reduzca en los productos de ingeniería. Aumento en la generación de energía y desalación porque producen para todo el mundo.

Ebara: 13,5 Plantilla pequeño ajuste. Aumento del 3 % en el 2008. Hasta el bien pero después caída. La distribución está quitando Stock y puede uno de los motivos. No preven subir la facturación en 2009. Aumento de precios del 4 % de media en 2009.

Sterling: Plantilla quitar temporales. Mercado nacional + Portugal 12,3 Resto de productos para otras empresas del grupo +15%. Situación 2009 estable en relación al 2008. Reciben menos peticiones de ofertas. A nivel europeo ven un descenso de un 15% ó 20%. Para 2ª parte 2009 incertidumbre. Aumento precios el 3,5% en standard.

Kripsol: Mantener (plantilla -2% en 2008. Aumento de precios + 5% el 1-10-2008 ABS: 45,2 Mantener (plantilla).

Marelli: 18,08 Mantener (plantilla) Precios Producción Estándar +4,5% Producción ingeniería al Sg mayor precio. Prev 2009: reducción en standard.

Itur KSB: Nacional: 42,5 (37,769 en 2007) Exportación. Aumento precios 4,2 % el 1-1-2009. En 2008 subieron precios el 10% Enero ha empezado mal Energía y desalación hay proyectos. Se conformaría con repetir cifra. ITT 68 = Plantilla. Sin incorporaciones repiten cifra del 2007. Se incorporó Cowara en el 2008 Bebeco: 7 millones en 2008 por lo tanto aumento de precios del 4 % y el 5% el 1-1-09 En septiembre aumentaron el 4,5 % y adicional lo del 1-1-09. Perspectivas de futuro: Problemas de crédito.

Bombas Ideal: 21,5 Mucho crecimiento contando la exportación. Plantilla mantener. 2007: 10,5 nacional + 7 exportación. 2008:11,5 nacional + 10 exportación. Han adquirido Bombas Bloch el 24-12-2008 que 3,5 millones que no están incluidos en las cifras. Descensos del mercado distribución del -20% en los últimos meses. Presupuesto 2009 -10% Precios: Aumento del 4 y 5%. Los proveedores están bajando los precios si les aprietas."---

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.

No podemos aceptar la argumentación actora en orden a que tales condiciones 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 aceptar la argumentación relativa a 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 : 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 y no ejecutó los acuerdos relativos a las condiciones de venta ni incremento el 5% anunciado, nunca manifestó su oposición a la recomendación y su ejecución - al menos no consta de forma indubitada - ni al intercambio de información, siendo conocedora de los mismos. 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 y conocía la existencia de la misma - aún cuando su incorporación a la asociación fue tardía -. 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, en ellos tomó parte la recurrente, y así resulta de la Resolución:

"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.

En el Punto Tercero de la Asamblea se incluye el análisis de la situación del mercado. El acta solo recoge una mención general. Sin embargo, en el resumen interno de la reunión aportado por MARELLI se observa que cada una de las empresas realizó una descripción de sus previsiones de facturación y la cuantía del incremento de los precios para 2009, así como las cifras de facturación conseguidas durante 2008 que el representante de MARELLI resumió en la siguiente tabla (folios 527 a 529):...

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):...

Sulzer: 57 Plantilla: mantener. Año muy bueno en 2007 fue 22 pero mucho internacional. 2008 22.2 nacional Presupuesto 2009 peor que el 2008. La demanda va a bajar y por lo tanto, seguramente que bajaran los precios. El 2009 va a ser una incógnita."

. 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, por, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de la 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:

"Son responsables de la primera infracción:...

STERLING FLUID SYSTEMS (SPAIN), S.A. y, solidariamente, su matriz THYSSEN BORNEMISZA GRUPPE EUROPE NV NETHERLANDS desde noviembre de 2004 hasta, al menos, febrero 2009."

Respecto a la basa para la imposición de la multa y su graduación, la Sala acepta los razonamientos contenidos en la Resolución impugnada:

"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 expresas 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.

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 **Sulzer Pumps Spain, S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Antonio Ortega Fuentes, 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 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.