

Id. Cendoj: 28079230062013100361
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/07/2013
Nº de Recurso: 490/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Bombas hidráulicas.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a nueve de julio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 490/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **WILO IBERICA SA** representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 385.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 27 de septiembre de 2011 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 20 de enero de 2012 solicitó *"dicte sentencia por la que estimando el recurso interpuesto por mi mandante contra la resolución del Consejo de la Comisión de la Competencia de fecha 24 de junio de 2011 y las que le han precedido en el expediente de referencia declare: 1). la caducidad del expediente sancionador y por tanto su nulidad. 2). Subsidiariamente, declare la prescripción de las supuestas infracciones imputadas a WILO IBERICA SA y su matriz WILO AG anulando por tanto las sanciones impuestas solidariamente. 3). Subsidiariamente, declare la inexistencia de responsabilidad de WILO IBERICA SA y de su matriz WILO AG, al no haber existido por su parte actividad infractora alguna, declarando en este apartado la resolución*

contraria a derecho y anulando las sanciones impuestas solidariamente. 4) Subsidiariamente, rebaje la sanción impuesta a WILO IBERICA SA y a WILO AG solidariamente hasta reducirla en su grado mínimo y en todo caso, siempre por debajo de la sanción mínima de 5.700 euros impuesta en este expediente, en aplicación de la función moderadora de esta Sala. Todo ello condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales en caso de oponerse"

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 2 de julio de 2012. Acordado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones, declarándose el 19 de abril de 2013 conclusas las actuaciones. Se señaló para votación y fallo el 18 de junio de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos.

La CNC en la resolución recurrida considera probada la existencia de una conducta contraria a los artículos 1 LDC 15/2007 y 101 TFUE desarrollada entre 2004 y 2009 por los fabricantes y comercializadores de bombas y fluidos consistente en el intercambio de información y armonización de condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos.

El Consejo considera probado que, a partir de la reunión de AEFBF de 22 de noviembre de 2004 se ha producido una coordinación entre empresas competidoras en el negocio de las bombas de fluidos, con la colaboración de dicha asociación, para la fijación de condiciones comerciales que ha perdurado hasta, por lo menos, al momento en que tuvieron lugar las inspecciones. La declaración de intenciones acordada en dicha reunión de "ampliar el ámbito de la asociación y convertir(la) en un auténtico forum de intercambio de información sobre el sector...., en un grupo con poder de lobbying, crear políticas de ventas comunes "se constituyó en objetivo prioritario como muestran las actuaciones desarrolladas desde entonces, sin respetar adecuadamente el inciso del *artículo 5 de los propios Estatutos, de la Asociación que contempla la exención de dicha coordinación de las políticas y acciones comerciales prohibidas por el artículo 1 LDC* . El Consejo destaca que los acuerdos afectan a variables en las que las empresas venían compitiendo y que afectan sensiblemente a la competencia, porque constituyen parte del coste efectivo de la transacción. Así, la coordinación ha abarcado a: las condiciones de formalización del pedido, el contenido de los precios acordados (no incluye el transporte del producto, ni embalajes especiales, ni el seguro que siempre son a cuenta del comprador) o las condiciones de entrega del producto (tras la carga en el almacén del vendedor el comprador asume toda la responsabilidad del producto, no aceptar en ningún caso el condicionante "el plazo de entrega es esencial", determinación de la penalización en caso de retraso en la entrega por el vendedor: franquicia de 15 días y no deberá sobrepasar el 0,5% semanal hasta un máximo del 50%); la determinación de conceptos a facturar de manera autónoma: el coste del almacenaje en caso de retraso en la recepción del producto que se devengan a partir del 7º día en que se ha comunicado la disponibilidad al comprador y el de la puesta en marcha del equipo); los plazos y forma de pago (no excederá en ningún caso de 90

días fecha factura) y el importe de las cláusulas de penalización; y las condiciones de la garantía, en particular, su alcance (la responsabilidad del vendedor no excederá del importe del producto que haya dado lugar a la reclamación), no incluirá la mano de obra no cualificada que sea necesaria para el montaje y desmontaje de las bombas en obra, duración (12 meses tras su puesta en funcionamiento o 18 meses a partir de su entrega) y plazos para la reclamación (30 días desde la recepción del producto en caso de defectos) así como el importe de los avales durante la vigencia de la misma.

En lo que se refiere a los intercambios de información el Consejo considera que forman parte de la misma infracción que la fijación de condiciones generales de venta ya que obedecen al plan común de armonizar estrategias comerciales para mejorar, de manera concertada, la posición negociadora frente a los clientes. Esos intercambios de información se refieren a intercambios de información sobre incrementos de tarifas, sobre facturación anual (estadísticas de producción) y sobre los precios de los servicios post-venta.

Para la graduación de la sanción la CNC ha aplicado la comunicación sobre la cuantificación de las sanciones. Respecto al cártel desarrollado en la comercialización de bombas hidráulicas, ha considerado que el volumen de ventas afectado es la facturación de bombas hidráulicas de cada empresa inculpada correspondiente al período de duración de la infracción. A dicho volumen se ha aplicado un porcentaje del 3%, teniendo en cuenta que, aunque los acuerdos se han aplicado efectivamente a lo largo del tiempo con mayor o menor éxito, la cuantía de sus efectos no puede considerarse acreditada.

En el caso de la recurrente se ha considerado que ha participado en el cartel desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 15 de marzo de 2006. Se le ha aplicado una atenuante del 15% ya que dejó la Asociación explícitamente por recomendación de sus asesores para poner fin a las prácticas prohibidas. Se impone una multa de 385.000 euros a WILO Ibérica SA y solidariamente a su matriz WILO, A.G.

La conducta se ha desarrollado durante el plazo de vigencia de dos normas (ley 16/1989 y ley 15/2007) y se ha optado por la CNC por aplicar la Ley 15/2007 que considera más favorable para el infractor, incluso teniendo en cuenta la imputación a una asociación, siempre que la sanción que se le imponga no supere el límite previsto en el *artículo 10 de la Ley 16/1989*.

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

- 1) Caducidad del expediente
- 2) Prescripción
- 3) No participación en las conductas imputadas
- 4) Falta de proporcionalidad de la sanción.

TERCERO: En relación a la caducidad del expediente ya nos hemos pronunciado en anteriores sentencias. Así en la sentencia de 25 de febrero de 2013 dictada en el recurso 390/2011 dijimos lo siguiente:

"QUINTO: Entiende el recurrente que el procedimiento estaba caducado por dos razones: 1) caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el

plazo de 12 meses y 2) caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo de 18 meses previsto en la LDC a contar desde el acuerdo de incoación hasta la notificación de la resolución.

Para resolver esta alegación son relevantes los siguientes hechos:

El 16 de septiembre de 2009 se dictó el acuerdo de incoación y el 21 de septiembre de 2010 la Dirección de Investigación procedió al cierre de la fase de instrucción (un total de 12 meses y 5 días).

El 18 de febrero de 2011 (quedando 26 días para la finalización del plazo máximo para resolver) el Consejo acordó la modificación de la calificación jurídica de los hechos concediendo un plazo de 15 días para alegaciones suspendiendo el plazo máximo de procedimiento. El plazo quedó suspendido hasta el 16 de marzo de 2011 conforme al acuerdo del Consejo de 21 de marzo de 2011.

El 21 de marzo de 2011 (quedando 24 días para resolver) el Consejo acordó suspender nuevamente el cómputo del plazo hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información que le había sido previamente remitida o hasta que transcurriera el plazo previsto en el artículo 114.4 del Reglamento (CE) 1/2003.

Por acuerdo de 4 de abril de 2011, el Consejo ordenó la práctica de una serie de pruebas y actuaciones complementarias y acordó "mantener la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancia la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias".

El 16 de mayo de 2011 el Consejo dictó acuerdo sobre valoración de prueba por medio del cual informó expresamente a las partes de la incorporación del resultado de las pruebas practicadas al expediente (folio 13.978) y concedió a los interesados un plazo de diez días para valorar las mismas. Mediante acuerdo de 6 de junio de 2011 el Consejo alzó la suspensión acordada el 4 de abril de 2011, reanudándose, con efectos desde el 4 de junio de 2011, el cómputo del plazo para resolver el expediente administrativo.

a) En cuanto a la caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el plazo de 12 meses. No se cuestiona que se ha superado ese plazo y que la instrucción duró 12 meses y cinco días.

El artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (en adelante LDC 2007) establece que "El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"

El artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC 2008) establece que "El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ".

El artículo 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que "el transcurso

del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento".

Conforme a estas normas una vez transcurrido el plazo máximo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas sin que haya recaído resolución alguna determinará la caducidad del procedimiento sancionador. El hecho de que la fase de instrucción haya superado en este caso el plazo de instrucción del expediente establecido en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (12 meses) no afecta a la caducidad del procedimiento ya que el mismo artículo del citado reglamento a continuación establece que sólo la superación del plazo total de 18 meses determina la caducidad del procedimiento y ello en concordancia con lo establecido en el artículo 38.1 de la Ley 15/2007 que establece la consecuencia de la caducidad sólo para el supuesto en que se supere el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente sancionador. La Dirección de Investigación por tanto ha vulnerado una norma reglamentaria, pero esa infracción del plazo de duración de la instrucción no tiene la consecuencia que pretende el recurrente consistente en la caducidad del procedimiento al no estar prevista en la LDC.

b) En cuanto a la caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo de 18 meses previsto en la LDC. Existe discrepancia entre las partes acerca de si se ha superado este plazo.

Entiende la parte que se ha superado el plazo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que pone fin al expediente sancionador ya que si bien admite que el plazo máximo de duración del procedimiento puede ser suspendido por las causas previstas en el artículo 37 de la LDC 15/2007 el Reglamento de Defensa de la competencia especifica el periodo hasta el que se extiende la suspensión. En concreto el artículo 37.1 LDC 2007 establece que el plazo máximo podrá interrumpirse e) "Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51" y el artículo 12 del RDC 2008 establece el plazo en que debe ser entendida suspendido el computo del plazo para cada uno de los supuestos de suspensión del artículo 37 de la Ley y en relación al supuesto del artículo 3. 1 e) señala en el apartado 1 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". De ello deduce el recurrente que el plazo de suspensión abarca exclusivamente hasta que se incorporan el resultado de las pruebas pero no el período de alegaciones previsto en el artículo 51.1 LDC que establece que "El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización".

La CNC entiende en la resolución recurrida que el apartado 1 del artículo 12 del RDC 2008, debe ponerse en relación con el apartado 2 del mismo artículo que establece que

"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 "Por lo tanto sólo se puede entender reanudado el cómputo del plazo "desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión" y la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión no tuvo lugar hasta que se recibieron por el Consejo todas las alegaciones de las partes tras la incorporación de las pruebas y actuaciones complementarias al expediente.

La Sala comparte el criterio de la CNC ya que si bien la literalidad del artículo 12.1 RDC 2008 permite llegar a la conclusión que sostiene el recurrente (referida a que el plazo de suspensión abarca hasta que se incorpore el resultado de las pruebas practicadas al expediente y no incluye el periodo de alegaciones,) al establecer que el plazo de suspensión abarca "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" es necesario integrar ese apartado con lo establecido en el apartado 12.2 RDC 2008 que establece que el cómputo del plazo se reanudará al día siguiente de la resolución del incidente y conforme al artículo 51.1 LDC 2007 el incidente abarca no sólo la práctica de pruebas sino expresamente establece un trámite de alegaciones por un plazo de 7 días. Por lo tanto si el incidente probatorio no concluye hasta que los interesados en el procedimiento hayan formulado alegaciones valorando el resultado de lo actuado, no procede el levantamiento de la suspensión hasta que transcurra dicho período. La CNC expone en la resolución recurrida las razones por las que esa interpretación es la adecuada haciendo referencia al espíritu y finalidad que persiguen los preceptos que regulan la suspensión del procedimiento sancionador durante la fase resolutoria: la realización en fase de Consejo de actuaciones distintas a la adopción de la decisión definitiva tiene carácter excepcional, en la medida en que para ello está prevista la fase de instrucción y por ello cuando sea necesario realizar actuaciones complementarias para adoptar la decisión, pretende al establecer la suspensión del plazo máximo para resolver que no se compute ese tiempo en el plazo previsto para que el órgano resolutorio , previo análisis de la ingente documentación que integra el expediente administrativo dicte la correspondiente resolución y que ha sido fijado en 6 meses.

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de comunicar a las partes el cambio de calificación jurídica, la practica de pruebas complementarias, dando audiencia a las mismas al objeto de que se pronuncien sobre esas actuaciones, no procede que ese tiempo se compute a efectos de duración del procedimiento cuando precisamente con ello se pretende salvaguardar su derecho de defensa."

CUARTO: Considera el recurrente que la infracción ha prescrito ya que a WILLO se le imputa el intercambio de información sobre incrementos de precios en el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2004 hasta al menos el 15 de marzo de

2006 no siendo hasta el 10 de junio de 2010 cuando la DI amplía el acuerdo de incoación de estas actuaciones a WILLO, por lo que se cumple los 4 años de plazo de prescripción previsto en la Ley 15/2007.

El artículo 68.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 establece en relación a la prescripción de las infracciones de ley en materia de competencia que "*las infracciones muy graves prescribirán a los 4 años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas desde el que hayan cesado*". En este caso se trata de una infracción única y continuada, toda vez que se trata de una única conducta que se ha prolongado a lo largo del tiempo y que tiene diferentes manifestaciones que se reconduce a un acuerdo global de las empresas asociadas a la AEFBF para eliminar la incertidumbre de comportamiento de las competidoras. Por tanto hasta que no finalizó dicho comportamiento no se puede considerar iniciado el plazo de prescripción.

En relación a la calificación de la infracción como única y continuada nos remitimos a lo razonado en la sentencia de esta misma sección ya citada de 25 de febrero de 2013 dictada en el recurso 390/11 en la que dijimos lo siguiente en el fundamento de derecho octavo:

"OCTAVO:Cuestiona el recurrente esa calificación como infracción única y continuada de la conducta integrada por la recomendación de condiciones generales de venta y los intercambios de información. Entiende que no concurren los elementos enumerados por la Audiencia Nacional en la sentencia de 6 de noviembre de 2009 en el que se debatía un caso de conducta anticompetitiva única y continuada. Así señala:

1) La fijación de CGV y el intercambio de información tienen un objeto y motivación distinto.

2) No existe una realización de acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas. Así transcurren 8 meses desde la reunión de 22 de noviembre de 2004 hasta que se vuelve a tocar el tema de la recomendación de CGV y unos meses más hasta que se publicaron en 2006. En cuanto a los intercambios de información, pasan dos años hasta que se lleva a cabo el primero.

3) No existe unidad de sujeto dado que en cada uno de los intercambios de información participaron distintas empresas y en cuanto a la recomendación de CGV fue un acto singularmente propuesto y ejecutado exclusivamente por la AEFBF.

4) No cabe considerar que exista una homogeneidad en el modus operandi dado que en cada uno de los casos se utilizaron métodos distintos.

Como señala la sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), asunto T-439/07 , (párrafo 142): "Es preciso señalar que una infracción del artículo 81 CE puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las diferentes acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico y falsean el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en

la infracción considerada en su conjunto (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C- 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P,C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".

"(Párrafo 144): También es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, en la medida en que tendría como consecuencia que varios comportamientos contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, relativos a un sector económico, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única. Así, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia BASF y UCB/ Comisión citada en el apartado 143 supra, apartados 179 a 181)."

Por lo tanto conforme a la jurisprudencia comunitaria sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), Asunto T-439/07 , para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad es decir que" contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único" .Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata. En este caso

1) La fijación de CGV y el intercambio de información obedecen al mismo plan común de limitar el poder negociador de los clientes de manera concertada para tratar de imponerles condiciones comerciales. Como señala la CNC desde la reunión de 2004 se trazó un objetivo, restrictivo de la competencia, que las empresas con la colaboración de la AEFBF persiguieron coordinando sus voluntades. Las empresas imputadas se comunicaban y reunían con regularidad para tratar temas y adoptar acuerdos que servían al plan común de unificar condiciones comerciales y fortalecer su posición ante sus clientes de manera concertada. Este propósito se reitera a lo largo de los años e impregna diferentes asuntos que a través del tiempo se van abordando en el seno de la Asociación.

2) Si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no excluye que en determinados casos ese no sea un criterio determinante. En este sentido la sentencia del TGUE de 27 de junio de 2012 anteriormente citada establece (149)...En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios

años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter único y continuado (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C-113/04 P, Rec. p. I- 8831, apartado 169). "

5) Existe unidad de sujetos ya que se considera en relación a la recomendación de condiciones generales de venta que fue realizada la conducta anticompetitiva tanto por la asociación como por las personas que lo integran y en cuanto a los intercambios de información participaron todas las empresas, teniendo en cuenta que es suficiente para participar haber recibido la correspondiente información sin haberse opuesto a su recepción. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada). Sentencia de 16 junio 2011 . En el asunto T-240/07, Heineken Nederland/ Comisión"(195) Cabe recordar, a este respecto, que según reiterada jurisprudencia, cuando una empresa ha asistido, aun sin desempeñar un papel activo, a una reunión durante la cual se ha evocado una concertación ilícita, se considera que ha participado en dicha concertación, a menos que pruebe que se apartó claramente de ella o que informó a los demás participantes de que tenía intención de asistir a la reunión de que se tratara con una óptica distinta de la suya (véase la sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95 , T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T- 48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 3199 y jurisprudencia citada).

6) En cuanto a los métodos empleados son efectivamente distintos (fijación de condiciones comerciales mediante la elaboración y difusión de unas recomendaciones, intercambios de información sobre tarifas, estadísticas y servicio post-venta) pero el hecho de que todos tengan la misma finalidad, permiten calificar todos esos comportamientos como una infracción única, a pesar que constituyan por si mismas y aisladamente consideradas una infracción del artículo 1 de la LDC ."

QUINTO: Cuestiona la recurrente su participación en el cartel. En este caso la duración de la infracción que se imputa es la atribuida por la Dirección de Investigación que en el caso de la recurrente es desde el 22 de noviembre de 2004 hasta marzo de 2006. Vamos a examinar por separado la participación del recurrente en las distintas conductas que integran la infracción y que son 1) la fijación de políticas de ventas comunes por las empresas asociadas de la AEFBF, aprobando una recomendación para la redacción de las condiciones generales de venta 2) el intercambio de tarifas 3) la elaboración de unas estadísticas de producción 3) el intercambio de información confidencial relativa a las tarifas hora taller de los servicios post-venta.

En relación a la fijación de políticas de ventas comunes en los hechos probados se recoge cual ha sido la intervención de la aquí recurrente durante ese período.

- 22 de noviembre de 2004 (Hecho probado 30). Asiste aun cuando en ese momento no estaba asociada a la AEFBF a la reunión de los máximos directivos de las fabricantes y empresas comerciales españolas de Bombas de Líquidos y Gases, asociadas a la AEFBF convocada y presidida por el presidente de la AEFBF en el que se propone « (...) *ampliar el ámbito de la asociación y convertir la asociación en un auténtico forum de intercambio de información sobre el sector, convertirla en un grupo con poder de lobbying, crear políticas de ventas comunes, y representar los intereses de las empresas españolas en Europump y HI* ».

- 17 de enero de 2005 (hecho probado 32). En la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF a la que asiste WILLO 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).

- 5 de julio de 2005 (hecho probado 34). En la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF a la que asiste WILLO celebrada el 5 de julio de 2005 se establece el orden de Prioridad en las gestiones del Nuevo Director General de la Asociación (folios 506- 511) 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.

- 26 de octubre de 2005 (hecho probado 36) en la reunión de la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF celebrada el 26 de octubre de 2005 a la que asiste WILLO se presentó el borrador de las recomendaciones sobre las condiciones generales de venta (folio 939-940) y el Director General de la AEFBF . *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.*

- 10 de enero de 2006 (Hecho probado 37). 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.

- 25 de enero de 2006 (Hecho probado 38) el Director General de la AEFBF remitió por correo electrónico a todos los asociados (folios 414-417, 1039-1041) el texto completo de las «Recomendaciones de la AEFBF en la Redacción de las correspondientes Cláusulas que deberían incluirse en las Condiciones Generales de Venta indicando que " *de acuerdo con lo tratado en la última reunión os recuerdo el compromiso adquirido por todos de comunicar a aquellos clientes a los que proceda, que a partir del 1 de abril de 2006 en todos los pedidos que se formalicen deberán estar contempladas las Recomendaciones que se adjuntan. Si algún Asociado no piensa exigir en sus pedidos alguna o todas las Recomendaciones expuestas, os agradeceré me lo haga saber por esta misma vía a la mayor brevedad posible, para a mi vez informar al resto de los Asociados*"

- 10 de febrero de 2006 (hecho probado 39) WILLO comunicó su baja de la Asociación y en su escrito argumentaba (folio 832- 833): Los motivos de esta dolorosa decisión

no son otros que mi manifiesta y ya expresada oposición al acuerdo adoptado por la misma titulada: «recomendaciones en la redacción de las correspondientes cláusulas que se deberían incluir en las condiciones generales de venta» y cuya última versión recibí por correo electrónico el pasado 25 de enero de 2006. Con respecto a ese documento y a su aplicación, nuestros servicios jurídicos, entienden que, sin que ello suponga juicio de valor alguno con respecto al mismo, puede vulnerar la normativa vigente sobre prácticas restrictivas de la competencia (...) y, por tanto, puede acarrear la apertura de un expediente sancionador y una evidente devaluación de la imagen del sector en general.

- 15 de marzo de 2006 (41). Celebración de una Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF a la que asiste WILO. Ante las observaciones realizadas por parte de alguno de los asociados y lo debatido en la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF el texto de las Recomendaciones de la AEFBF fue modificado y circulado el 16 de marzo de 2006 (folio 568 a 570) eliminándose la cláusula final, relativa al carácter dispositivo y no vinculante de las recomendaciones elaboradas por la AEFBF e incluyendo nuevas disposiciones en el punto 2, relativo a la entrega de los productos y el punto 4, PAGOS, volviéndose a enviar a todos los asociados el 27 de marzo de 2006 con el siguiente tenor literal (folio 2034-2037). (42) se intercambiaron información confidencial relativa a las cifras de facturación nacional obtenidas durante el año 2005, los incrementos de los precios realizados y a realizar en el año 2006, indicando las fechas de su entrada en vigor. (HP 42). Consta información referida a WILO (facturación 2005, incrementos de tarifas del 3 al 5% y la fecha de aplicación en enero de 2006.

- Wilo Ibérica SA estuvo asociada en la AEFBF desde el 5 de julio de 2005 hasta marzo de 2006, solicitando su reingreso el 8 de abril de 2008. Afirma que no solicitó el reingreso el 8 de abril de 2008, pero practicada prueba a instancia de la recurrente, el representante legal de AEFBF señala que "en el punto nº 7 del Orden del día de la Junta Directiva de 8 de abril de 2008 el Director General de WILo IBERICA solicitó el reingreso en la asociación". Ahora bien ello no tiene trascendencia desde el momento que la CNC sólo considera que ha participado en el cartel hasta el 15 de marzo de 2006.

Teniendo en cuenta los hechos probados considera esta Sala que no se puede declarar a WILo responsable de la conducta consistente en armonización de condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos ya que fue el 25 de enero de 2006 (Hecho probado 38) cuando el Director General de la AEFBF remitió por correo electrónico a todos los asociados (folios 414-417, 1039-1041) el texto completo de las «Recomendaciones de la AEFBF en la Redacción de las correspondientes Cláusulas que deberían incluirse en las Condiciones Generales de Venta» que serían aplicables a partir del 1 de abril de 2004 manifestando su oposición a su aplicación por escrito el 10 de febrero de 2004. Por otra parte lo que reprocha la CNC es que intencionadamente se omitió la cláusula que hacía referencia al seguimiento voluntario. Así en el correo electrónico enviado el 25 de enero de 2006 por el Director General se señala que " *de acuerdo con lo tratado en la última reunión os recuerdo el compromiso adquirido por todos de comunicar a aquellos clientes a los que proceda, que a partir del 1 de abril de 2006 en todos los pedidos que se formalicen deberán estar contempladas las Recomendaciones que se adjuntan*" y ya en las anteriores reuniones había existido un debate acerca de la legalidad de dichas cláusulas que si bien no se indica por quien fue realizada permite entender que pudo ser el recurrente ya que en su comunicación de 10 de febrero de 2006 hace referencia a su "*manifiesta y ya expresada oposición al acuerdo*". De hecho en la reunión de la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 10 de enero de 2006 (hecho probado 37) se señala que 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. Este criterio no implica que nos separemos de lo acordado en relación a otros recurrentes en que se ha considerado correcto el inicio de la infracción referida a la elaboración de las condiciones generales el 22 de noviembre de 2004 ya que en esos casos no consta que los participantes manifestaran su oposición al acuerdo.

SEXTO : Descartado que el recurrente haya participado en la conducta referida a la armonización de condiciones comerciales, resta por examinar si ha participado en la conducta de intercambio de información sobre incrementos de tarifas, sobre facturación anual (estadísticas de producción) y sobre los precios de los servicios post-venta.

a) En relación al intercambio de información de incremento de tarifas. Los periodos que abarca el intercambio de tarifas son los siguientes

El 15 de marzo de 2006, coincidiendo con la celebración de una Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF, 11 empresas presentes en la reunión GRUNDFOS, CAPRARI, ESPA, ITT, ABS, ITUR, IDEAL, WILO, SULZER, ZEDA y MARELLI intercambiaron información confidencial relativa a las cifras de facturación nacional obtenidas durante el año 2005, los incrementos de los precios realizados y a realizar en el año 2006, indicando las fechas de su entrada en vigor. (HP 42).

En diciembre de 2006 el Director General de la AEFBF circuló por correo los incrementos de precios previstos para 2007 por ITUR, GRUNDFOS, IDEAL, ZEDA, ESPA, DAB y ABS.

En la reunión de coordinadores celebrada en octubre de 2008 GRUNDFOS, AIGUAPRES, CAPRARI, SULZER, ITT, ABS, IDEAL, KRIPSOL, MARELLI, EBARA y ESPA intercambiaron información confidencial relativa a las subidas de los precios previstas para 2009 y la fecha de su entrada en vigor. (HP 68).

En la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF el 3 de febrero de 2009, ESPA, CAPRARI, HIDROTECAR, SULZER, FLOWSERVE, EBARA, STERLING, ABS, ITUR, ITT, IDEAL y MARELLI, intercambiaron información relativa a los resultados obtenidos durante 2008, las previsiones de facturación y la cuantía del incremento de los precios para 2009, así como las cifras de facturación conseguidas durante 2008. (HP 72).

La recurrente sólo participó en el primer intercambio de tarifas de 15 de marzo de 2006. El recurrente manifiesta que no asistió a la reunión de 15 de marzo de 2006. Ciertamente no consta acta de dicha reunión (en este sentido remitido oficio a la AEFBF en período de prueba señala el representante legal (carta de 1 de febrero de 2013) señala que no consta acta de la asociación de 15 de marzo de 2006. Ahora bien la CNC considera acreditado ese hecho por un correo interno de Marelli en la que la persona que asistió a la reunión da cuenta del contenido de la misma (hecho probado 42). En ese correo se hace referencia a que se intercambiaron datos de incrementos de precios aplicados por cada empresa y se recoge una lista de 16 empresas entre la que se encuentra WILO consignando datos referidos a la misma, a diferencia de otras empresas que se indica "ausente". Por lo tanto considera esta Sala acreditado su asistencia a la misma

b) Respecto a la elaboración de estadísticas de producción el acuerdo para la

elaboración de unas estadísticas de producción fue adoptado en la Asamblea General Extraordinaria de la AEFBF de 30 de mayo de 2006 y remitidas el 31 de julio de 2008 por lo tanto no se puede imputar esa conducta a la recurrente ya que fue realizada fuera del período que la CNC ha considerado que participo en la infracción. En el período que se considera participó la recurrente en la infracción (hasta marzo de 2006) solo consta que en la reunión de la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 10 de enero de 2006 (hecho probado 37) 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.

c) Respecto al acuerdo para el intercambio de la información confidencial relativa a las tarifas hora taller de los servicios post- venta de cada una de las empresas asociadas, tampoco puede ser imputado a la recurrente dado que el mismo fue adoptado en la Asamblea General Ordinaria de la AEFBF de 15 de enero de 2008, remitiendo la AEFBF el resultado consolidado de los datos aportados por las empresas asociadas el 10 de marzo de 2008.

SEPTIMO: Conforme a lo razonado la recurrente no ha participado en 1) la fijación de políticas de ventas comunes por las empresas asociadas de la AEFBF, aprobando una recomendación para la redacción de las condiciones generales de venta, 2) la elaboración de unas estadísticas de producción 3) el intercambio de información confidencial relativa a las tarifas hora taller de los servicios post-venta de cada una de las empresas asociadas. Solo consta que en el periodo que la CNC considera que ha participado en la infracción ha realizado un intercambio de información de precios el 15 de marzo de 2005 consistente en informar sobre los incrementos de los precios realizados y a realizar en el año 2006, indicando las fechas de su entrada en vigor. (HP 42).

Ello conlleva que deba reducirse de forma considerable el importe de la multa y que esta Sala acuerda

fijar en un 10% de la cantidad impuesta por la CNC y por lo tanto se reduce a 38.500 euros.

OCTAVO: Por las razones expuestas procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **WILO IBERICA SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de junio de 2011 expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos y en consecuencia se acuerda reducir el importe de la multa impuesta a WILO IBERICA SA y solidariamente a su matriz WILO, AG a la cantidad de 38.500 euros. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos,

mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.