



Roj: **STS 4502/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4502**

Id Cendoj: **28079130032015100319**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/10/2015**

Nº de Recurso: **1038/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 557/2013,**
STS 4502/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.038/2.013, interpuesto por SULZER PUMPS SPAIN, S.A., representada por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 4 de febrero de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 389/2.011, sobre conducta prohibida en materia de defensa de la competencia (expte. S/0185/09).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2.013, desestimatoria del recurso promovido por Sulzer Pumps Spain, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de junio de 2.011 por la que se resolvía el expediente administrativo S/0185/09. Dicha resolución, en lo que se refiere a la empresa demandante, acordaba lo siguiente:

" **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, A.G. [...].

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. [...]."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 13 de marzo de 2.013, ordenando el emplazamiento de los litigantes ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Sulzer Pumps Spain, S.A. ha comparecido en forma en fecha 6 de mayo de 2.013, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:



- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 209 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , y de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución ;
- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción de los artículos 218 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 60 de la propia Ley de la Jurisdicción , así como de la jurisprudencia;
- 3º, basado también en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ;
- 4º, que se ampara en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007 ;
- 5º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, por infracción del artículo 64.1 de la Ley 15/2007 y de la jurisprudencia, y
- 6º, basado igualmente en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la impugnada y en su lugar se dicte otra sobre el fondo por la que se declare la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de junio de 2.011.

El recurso ha sido inadmitido en cuanto a su segundo motivo por auto de la Sala de 21 de noviembre de 2.013 , que admite los restantes.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO .- Por providencia de fecha 29 de junio de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 13 de octubre de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Sulzer Pumps Spain, S.A., interpone recurso de casación contra la Sentencia de 4 de febrero de 2.013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo que la citada sociedad había entablado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de junio de 2.011, por la que se declaraba que determinadas empresas, entre las que se encontraba la recurrente, habían incurrido en una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101.1.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde 2.004 hasta al menos 2.009, consistente en intercambio de información y armonización de condiciones comerciales con respecto a **bombas de fluidos**.

También declaraba la comisión de otra infracción de los mismos preceptos consistente en la elaboración de un procedimiento de calificación con cláusulas susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, sin que esta segunda conducta le fuera imputada a la recurrente.

El recurso se articula mediante seis motivos, de los que el primero se acoge al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y los cuatro restantes al apartado 1.d) del mismo precepto legal, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. El motivo segundo fue inadmitido por Auto de esta Sala de 21 de noviembre de 2.013 .

El primer motivo se basa en la infracción de los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120 de la Constitución , por no haber dado respuesta a determinadas alegaciones formuladas en el recurso contencioso administrativo y carecer, por tanto, de la preceptiva motivación.

El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia , dado que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia formuló tras la instrucción del expediente



nuevas imputaciones a la recurrente, en relación con conductas que hasta ese momento se habían imputado exclusivamente a la Asociación Española de Fabricantes de **Bombas para Fluidos** (AEFB), causándole con ello indefensión.

En el cuarto motivo se alega la infracción de la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), por haberse entendido que una recomendación sobre condiciones generales de venta, la elaboración de estadísticas comerciales y determinados intercambios de información suponía la existencia de un cartel, aunque no existiese un acuerdo secreto.

El quinto motivo se funda en la infracción del artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia, por afirmar la Sentencia impugnada que las conductas examinadas constituyeron una infracción única y continuada.

Finalmente, el sexto motivo se basa en la infracción del artículo 131.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por infracción del principio de proporcionalidad en cuanto a la cuantificación de la sanción impuesta.

SEGUNDO .- Sobre el motivo primero, relativo a la falta de motivación.

Denuncia la parte en este motivo incongruencia omisiva y falta de motivación debido a la ausencia de respuesta a determinadas alegaciones, así como a la falta de valoración de la prueba pericial practicada en autos.

En reiterada jurisprudencia hemos señalado que la ausencia de respuesta judicial ha de referirse a las pretensiones y a las alegaciones substanciales en las que se apoyan aquéllas, sin que pueda calificarse de incongruencia omisiva el que no se de contestación específica o expresa a todos los argumentos que se expresan por las partes o que la respuesta no se ajuste al planteamiento o enfoque adoptado por ellas. En efecto, ninguna de tales circunstancias implica una falta de respuesta sobre las pretensiones de las partes, que constituyen el auténtico objeto de la tutela judicial, pues son dichas pretensiones las que se corresponden con la protección de sus derechos e intereses, no los argumentos que se esgrimen en su defensa.

Tal recto entendimiento de la tutela judicial determinaría ya el rechazo de la queja en relación con alguna de las omisiones denunciadas por la mercantil recurrente, pero es que además, en varias de ellas no es cierto que la Sala de instancia no haya dado respuesta explícita o implícita. La Sentencia impugnada se pronuncia sobre la conducta sancionada y su carácter anticompetitivo en los siguientes términos:

" **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 concertado 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." (fundamento jurídico sexto)

Pues bien, en relación con la existencia o no de cártel no puede hablarse de ausencia de respuesta pues la referencia a dicha cuestión *in fine* del fundamento jurídico sexto (últimos dos párrafos) evidencia que la Sala la ha tenido presente y que ha descartado que sea relevante que la conducta constituya o no un cártel. La Sala ha examinado la alegación y manifiesta de manera expresa que se ha producido una conducta anticompetitiva contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , aunque no pudiera calificarse de cártel. No hay pues ausencia de respuesta.

En lo que respecta a la alegación sobre la incorrecta aplicación del concepto de infracción única y continuada, de los términos del fundamento que se ha transcrito resulta evidente que la Sala asume tal tipificación efectuada por la resolución sancionadora, por lo que hay que entender implícitamente rechazadas las alegaciones de la parte sobre la aplicación del citado concepto a la conducta sancionada.

Igualmente han de tenerse por implícitamente rechazadas las alegaciones relativas a la prueba sobre la especificidad de las **bombas** de diseño que comercializa la recurrente, aunque no se haga referencia a la misma, puesto que del fundamento transcrito se deduce que a pesar de la alegada diferencia entre las **bombas** comercializadas por la recurrente y las restantes, la Sala considera que su participación en la conducta sancionada participa del mismo carácter anticompetitivo que la de las restantes sociedades sancionadas.

En cuanto a las alegaciones sobre la infracción del principio de igualdad en el cálculo de la multa, han de entenderse asimismo rechazadas, puesto que la Sentencia se pronuncia sobre la gradación de la sanción en el fundamento de derecho séptimo y asume la corrección de la multa impuesta en los siguientes términos:

" **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 -" (fundamento jurídico séptimo)

TERCERO .- Sobre la incongruencia omisiva respecto a la responsabilidad de la matriz.

Debe apreciarse, sin embargo, la existencia de incongruencia omisiva en relación con las alegaciones relativas a la responsabilidad solidaria de la matriz, denunciada en el punto I.1.4 del motivo primero. En efecto, la Sentencia se pronuncia exclusivamente sobre la conducta de la filial, sin que haya ninguna referencia que permita entender implícitamente rechazada esta alegación. Hemos pues de casar la Sentencia en lo que respecta a este punto y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, resolver la cuestión en los términos en que viene planteado el debate, que en este caso se circunscribe a responder a las alegaciones sobre la referida responsabilidad solidaria de la matriz.

Hemos de reiterar a este respecto la jurisprudencia ya establecida tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por este Tribunal Supremo, que salvo que quede acreditado la autonomía de una empresa perteneciente a un grupo empresarial respecto a su matriz, la actuación de aquella es imputable a la propia matriz, en la medida en que responden a una misma dirección económica y empresarial. Así, de no mediar una prueba suficiente de que la conducta de la filial responde a decisiones autónomas desligadas de la matriz, se presupone que ésta tiene pleno conocimiento y responsabilidad por las decisiones económicas y jurídicas de aquella, pues ambas sociedades responden a una misma dirección y responsabilidad empresarial y económica.

En consecuencia, al no estar acreditada dicha autonomía empresarial y económica en el presente caso, pues la recurrente se limita a afirmar en su demanda la autonomía funcional de la filial, resulta conforme a derecho la imputación a la matriz de una responsabilidad solidaria en la conducta infractora. Asimismo, no es posible admitir que la matriz haya sufrido indefensión, puesto que por las mismas circunstancias de su unidad empresarial no resulta creíble ni verosímil que no fuera perfectamente conocedora de la incoación y desarrollo de un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas contra su filial Sulzer AG, por lo



que de entenderlo conveniente para sus intereses podía haberse personado en el procedimiento o, en todo caso, participar en las decisiones adoptadas por su filial a lo largo del procedimiento sancionador.

CUARTO .- Sobre el motivo tercero relativo a la modificación de las imputaciones por parte del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Casada la Sentencia en cuanto a la incongruencia omisiva relativa a la responsabilidad solidaria de la matriz y subsanada dicha infracción con la respuesta dada en el anterior fundamento de derecho, procede examinar los restantes motivos de casación.

En el motivo tercero se aduce que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha imputado a la recurrente tres conductas que hasta ese momento del procedimiento se imputaban exclusivamente a la AEFBF, lo que no estaría admitido por el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, que sólo admite efectuar una calificación de las conductas distintas a la realizada por la Dirección de Investigación, dando traslado a los interesados para que efectúen alegaciones. Tales nuevas imputaciones habrían limitado substancialmente los derechos de defensa de Sulzer, al verse privada de formular oposición a las mismas durante la instrucción del procedimiento.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, el precepto invocado no puede interpretarse en el sentido sostenido por la mercantil recurrente. La nueva calificación a la que se refiere el citado artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la competencia no impide dirigir nuevas imputaciones a los sujetos sujetos a la investigación, siempre que las mismas deriven de las propias conductas que están siendo objeto de investigación y, como es evidente y requiere el propio precepto, se les dé ocasión de alegar. Pero el cambio de calificación al que se refiere el precepto incluye ampliar, reducir o modificar las imputaciones a los sujetos investigados, pues ambas posibilidades (cambiar el tipo infractor o incluir o excluir a alguno de los sujetos en alguno de los tipos) son cambios de calificación a los que puede llegar el Consejo al valorar de manera distinta las conductas investigadas.

En segundo lugar, la recalificación de los hechos y las imputaciones derivadas de la misma fueron asumidas por la Dirección de Investigación, lo que se notificó a los interesados, y se acordaron nuevas actuaciones, esto es, se continuó con la instrucción, según se indica expresamente en los antecedentes de hecho 17 y 18 del acuerdo sancionador, dando ocasión a los mismos a efectuar las alegaciones que estimasen procedentes. En modo alguno puede hablarse pues de indefensión, ya que la recalificación y nuevas imputaciones estaban referidas enteramente a los hechos sobre que se venía investigando y se alegó sobre ellas, e incluso algunas empresas propusieron nuevas pruebas. En definitiva, la modificación de las imputaciones no fue contrario a derecho puesto que se trataba de los mismos hechos y se dio ocasión a los afectados para alegar al respecto.

Debe pues desestimarse este motivo tercero.

QUINTO .- Sobre el motivo cuarto, referido a la consideración como cártel de las conductas sancionadas.

Sostiene la parte recurrente que se ha vulnerado la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, dado que la misma establece que un cartel constituye un acuerdo secreto, lo que nunca se podría atribuir a una recomendación sobre condiciones generales de venta, la elaboración de estadísticas comerciales y determinados intercambios de información.

El motivo no puede prosperar por la razón expresada en la Sentencia de instancia a la que ya hemos hecho referencia. Los hechos aceptados y declarados probados por la Sala de instancia constituyen conductas anticompetitivas contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En consecuencia, la calificación o no como cártel de las conductas no afecta a su carácter sancionable ni a su tipificación básica como tales comportamientos contrarios al citado precepto legal, ni en definitiva a la sanción impuesta, puesto que de dicha calificación no se deriva ninguna consecuencia respecto a su tipificación como conducta contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, por ende, respecto a la sanción impuesta.

SEXTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a la calificación como infracción única y continuada.

La mercantil recurrente sostiene que se ha aplicado indebidamente la noción de infracción única y continuada respecto a comportamientos diferenciados con objetivos diversos. Así, afirma que la recomendación sobre las condiciones generales de contratación, las estadísticas y los intercambios de información sobre tarifas de horas de trabajo y sobre servicios post-venta tuvieron objetivos diferenciados, se ejecutaron de forma distinta y se aplicaron en períodos diferentes, por lo que carecieron de la unidad de resolución y propósito que son exigibles a una pluralidad de actos para configurar una infracción única y continuada.

El motivo debe ser rechazado. La heterogeneidad de los referidos comportamientos a la que se refiere la parte recurrente no afecta a que los mismos queden englobados en una colaboración en distintas vertientes entre las empresas sancionadas para reducir la incertidumbre respecto al comportamiento comercial de los



competidores, constituyendo de esta manera una infracción única y continuada derivada de esa unidad de propósito anticompetitivo. A ello no obsta de ninguna manera el que aisladamente consideradas las distintas acciones estén encaminadas a objetivos concretos diferentes. Esa diversidad de finalidades específicas y de momentos de ejecución no impiden que todas las conductas examinadas tuvieran un común objetivo anticompetitivo que autoriza a tipificarlas como una infracción única y continuada.

SÉPTIMO .- Sobre el motivo sexto referido al principio de proporcionalidad.

En el sexto y último motivo se aduce la infracción del principio de proporcionalidad por haber establecido para todas las empresas el mismo importe básico de la multa (el 3% de su volumen de negocios) sin tener en cuenta si las mismas estuvieron implicadas en una o más de las conductas integrantes de la infracción única y continuada.

A ese respecto, Sulzer alega las siguientes circunstancias: que tuvo un papel muy limitado en la Asociación AEFBF, en la que no entró a formar parte hasta el año 2.006; que sólo se ha probado que participó en un intercambio de información sobre precios en 2.008 respecto a los de 2.009; que no ha formado parte de la Junta Directiva de la AEFBF; que no participó en la elaboración del modelo de Condiciones Generales de Venta ni pudo por tanto incitar a la Asociación a adoptar la recomendación que se materializó a comienzos de 2.006 (adoptó un nuevo modelo propio en el primer semestre de 2.006); que no tomó parte en el supuesto acuerdo para el intercambio de información sobre tarifas de hora-taller; y, en fin, que se negó específicamente a participar en las estadísticas de producción.

Si bien no podemos entrar en la valoración del material probatorio, que corresponde a la instancia, lo cierto es que la Sentencia impugnada afirma en el fundamento de derecho sexto, transcrito *supra*, que la mercantil recurrente dejó de asistir a las reuniones a partir de un determinado momento y que no ejecutó los acuerdos relativos a las condiciones de venta ni incrementó el 5% anunciado. Y si bien le reprocha no haberse opuesto a la recomendación después de haber participado en las reuniones preparatorias o de no haber adoptado una actitud concluyente que le distanciara de los comportamientos anticompetitivos, lo cierto es que la conducta de la recurrente presenta, según la propia Sala de instancia, suficientes elementos diferenciadores de las restantes como para que la sanción en el mismo porcentaje que las restantes empresas resulte contraria al principio de proporcionalidad.

En consecuencia procede estimar el motivo, y, de conformidad con lo previsto en el artículo 95.2.d) de la Ley jurisdiccional, resolver la cuestión planteada. En atención a las circunstancias referidas procede minorar la multa impuesta en un 50%, a 522.000 euros.

OCTAVO .- Conclusión y costas.

En atención a las razones expuestas en los fundamentos de derecho tercero y séptimo ha lugar al recurso de casación. En lo que respecta al recurso contencioso administrativo, se desestima la alegación sobre la responsabilidad solidaria de la empresa matriz de la mercantil recurrente. Y en lo que se refiere a la cuantía de la multa, se estima la queja por infracción del principio de proporcionalidad y se establece en la cantidad de 522.000 euros. Se desestiman el resto de las alegaciones en los términos en que lo hizo la Sala de instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace expresa imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que ESTIMAMOS y HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por Sulzer Pumps Spain, S.A. contra la sentencia de 4 de febrero de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo 389/2.011, sentencia que casamos y anulamos.
2. Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de junio de 2.011 que resuelve el expediente administrativo S/0185/09 por las razones vistas en el fundamento de derecho séptimo, en lo que respecta a la cuantía de la multa, que se reduce a 522.000 euros.
3. Se desestima en lo demás el recurso contencioso administrativo.
4. No se hace imposición de las costas procesales.



Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ