



Roj: **SAN 2173/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2173**

Id Cendoj: **28079230062018100252**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **04/06/2018**

Nº de Recurso: **495/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000495 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04090/2017

Demandante: ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA), S.L,

Procurador: D. JOSÉ LUIS PINTO MARABOTTO RUIZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cuatro de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 495/17 promovido por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto Ruiz, actuando en nombre y representación de **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA), S.L**, contra la resolución de 18 de mayo de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 100.000, euros de multa en ejecución de lo resuelto por la Audiencia Nacional en sentencia de 16 de marzo de 2016 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia:

"estimándola y declarando la revocación de la resolución impugnada o subsidiariamente la reducción de la sanción impuesta en los términos expuestos en el cuerpo de éste escrito, todo ello con la expresa condena en costas".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 30 de mayo de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 18 de mayo de 2017, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0380/11, COCHES DE ALQUILER, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

" 1 .- Con fecha 30 de julio de 2013, el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la cual se acordaba lo siguiente:

" PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, conformada por los acuerdos adoptados e implementados por ALQUILER DE COCHES VICTORIA, S.L., AURIGACROWN CAR HIRE, S.L. y su sucesora AURIGACROWN WEB, S.L., BARDON Y RUFO 67, S.L., CARGEST, S.L., CENTAURO RENT-A-CAR, S.L. y su matriz CENTAURO, S.L., DICKMANN'S RENT A CAR, S.L., DRIVALIA CAR RENTAL, S.L., GOLDCAR SPAIN, S.L. y su matriz GOLDCAR RENTING, S.L., GUERIN RENT A CAR, S.L. y su matriz IBERICAR SOCIEDAD IBÉRICA DEL AUTOMÓVIL, S.A., HELLE AUTO, S.A., NEW CARS COSTA DEL SOL, S.L., NIZA CARS, S.L., PRIMA RENT A CAR, S.L., RECORD-GO ALQUILER VACACIONAL, S.A. y su matriz GO DE ALQUILER, S.L., SOL MAR ALQUILER DE VEHÍCULOS, S.L., AVIS ALQUILE UN COCHE, S.A. y su matriz AVIS EUROPE OVERSEAS LTD, AUTOMOTIVECARS MÁLAGA, S.L. y su matriz IDAPI, S.A., así como la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE COCHES DE ALQUILER- Andalucía (AECA) y la ASOCIACIÓN EMPRESARIOS DE VEHÍCULOS DE ALQUILER (AESVA), a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades desde el 27 de mayo de 2005 hasta octubre de 2011, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación de precios y de condiciones comerciales.

21. ASOCIACION EMPRESARIAL DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA), por los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2009 y octubre de 2011.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

150.000 Euros a la ASOCIACION EMPRESARIAL DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA),

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el número 425/13, concluyó por sentencia de 16 de marzo de 2016 , en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

"Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS EN PARTE el recurso interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA), S.L. y en consecuencia se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC a que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho décimo de esta sentencia. Sin costas."

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC consideró que AECA es una asociación de empresas de alquiler de coches con y sin conductor, radicada en Málaga y de ámbito regional (Andalucía). En mayo de 2012 contaba con 88 asociados, entre los que se encontraban: AURIGACROWN, CENTAURO, GOLDCAR,



SOLMAR1 , RECORD, HELLE y NIZA, siendo las cinco primeras empresas las cinco que iniciaron el cártel, y que serían las más grandes del sector "low cost".

Precisa que *"la actuación de las empresas sancionadas impidió el funcionamiento de la libre competencia durante los años de vigencia del cártel, y que la implantación de los acuerdos del cártel condujo a precios supracompetitivos que, como tales, han producido efectos negativos sobre el usuario de servicios de alquiler de coches sin conductor a corto plazo durante la vigencia del cártel, así como también respecto de sus empresas competidoras."*

En el caso de AECA, destaca que ha desempeñado un papel particularmente relevante, habilitando una infraestructura adecuada para el seguimiento de la ejecución del cártel mediante la creación de una cuenta de correo electrónico y el establecimiento de una lista de destinatarios a los que se debían enviar los correos electrónicos en copia oculta que se utilizaban para detectar y corregir los incumplimientos de los acuerdos del cártel

Tras explicar la CNMC como fijó la sanción en la resolución inicial, expone como lo ha hecho siguiendo los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015 , partiendo de la cuantificación del volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo.

A continuación, el conjunto de factores expuestos anteriormente -conducta deliberada, gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado y participación en la conducta- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.

Estas circunstancias son las que toma en consideración para obtener el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella. El tipo infractor se aplica sobre el volumen total de ventas de la empresa.

En el caso específico de AECA se explica que los elementos tomados en consideración para fijar la sanción finalmente impuesta fueron la dimensión del mercado relevante afectado por la infracción, que las empresas participantes en el cártel son una minoría respecto de total de las asociadas pertenecientes a AECA y a AESVA y su intervención en el cártel desde abril de 2009 a marzo de 2011.

Entre las circunstancias que configuran la infracción destaca que el sector del turismo, afectado por la infracción, tiene una especial relevancia a nivel nacional que el cártel produjo una serie de efectos perjudiciales para la competencia en el mercado afectado, incluyendo una modificación de los precios competitivos y que las asociaciones colaboraron en las frecuentes reuniones celebradas con el fin de realizar un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos mediante una llamada de atención a las empresas que se desviaran de lo acordado.

Un elemento determinante fue la creación por el Presidente de AECA de una cuenta de correo para poder llevar a cabo el seguimiento de los acuerdos. Por tanto, AECA desempeñó un papel relevante en este sentido, pues habilitó esta cuenta para vigilar y ejecutar el cártel.

En virtud de todas esas consideraciones se sanciona finalmente a AECA con 100.000 euros, frente a los 150.000 euros que le impuso la resolución inicial.

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia la infracción del principio de proporcionalidad porque la imposición de una sanción a una asociación debe ser acorde con sus propios recursos. Expone que en el año 2012 formaban parte de la asociación 120 empresas que en la actualidad se reducen a 73.

De las 17 empresas que resultaron sancionadas solo 6 pertenecían a la asociación.

Explica que la incoación del expediente sancionador y la dificultad de hacer frente a la sanción inicialmente impuesta de 150.000 euros llevó a la asociación a iniciar un procedimiento concursal y un expediente de regulación de empleo.

Destaca que los recursos económicos obtenidos por AECA se destinan al pago de las nóminas y seguros sociales de los trabajadores así como el alquiler del local y esos recursos, según las declaraciones del Impuesto de Sociedades aportadas, ha oscilado entre los 78.119,16 euros del ejercicio 2011 a los 62.100,14 euros del ejercicio 2016.

Cita en éste sentido el criterio de la SAN de 21 de abril de 2014, rec. 283/2013 .

Recuerda que la sanción equivale a dos años de ingresos de la Asociación y que si a las empresas se les ha aplicado un porcentaje del 5,1% de su volumen de negocio de media a ella se le impone un 146%.

También resulta desproporcionada sobre AESVA que ha sido sancionada con 67.000 euros.



TERCERO .- La resolución recurrida, sobre la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC , explica que:

"La infracción que acredita la Resolución de 30 de julio de 2013 (y confirma la Audiencia Nacional), de la que son responsables las asociaciones infractoras, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012. Al final del mismo apartado 1 del artículo 63 se indica que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros."

Sin embargo, en la resolución original se sancionó tanto a estas asociaciones como a algunas de las empresas que forman parte de ellas. Por tanto, no resultaría prudente estimar el volumen de negocios total de las asociaciones infractoras a partir del de sus miembros. La sanción que debe aplicarse a las asociaciones en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC , de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 30 de julio de 2013 (S/0380/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, como afirma la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de marzo de 2016, resolviendo el recurso nº425/2013 interpuesto por AECA, "La resolución sancionadora para cuantificar la sanción ha tenido en cuenta que solo una parte de las empresas que forman parte de AECA ha participado en el cártel, el periodo de tiempo en el que se ha desarrollado la infracción (entre el 2 de abril de 2009 y octubre de 2011) y el ámbito territorial de ésta, Comunidad Autónoma de Andalucía por lo que, teniendo en cuenta, que las conductas que suponen acuerdos sobre precios son por su propia naturaleza muy graves, y así lo establece explícitamente tanto la jurisprudencia del TJUE citada, así, la STJUE de 9 de julio de 2015 Innolux/Comisión como la Ley 15/2007 (artículos 61 y ss .), la sanción no vulnera el principio de proporcionalidad pues ha tomado en consideración los elementos que indica la recurrente para individualizar la sanción. No obstante lo anterior, como la sanción se ha impuesto sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNMC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación de la sanción a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013 , reiterados, entre otras, en la sentencia de 30 de septiembre de 2015 rec. 496/2013 y, sin que, en ningún caso, pueda resultar un importe superior al de la multa (150.000 euros) que ahora se anula." Las infractoras son responsables de facilitar la adopción de acuerdos por parte de sus asociadas para fijar precios mínimos y establecer determinadas condiciones comerciales en el mercado de alquiler de vehículos sin conductor en distintos puntos de España. En lo que respecta al mercado afectado, tomamos en consideración lo expuesto en el apartado anterior, así como también en lo que atañe a la dimensión del mercado relevante afectado por la infracción. Por otro lado, es necesario tener en cuenta que las empresas participantes en el cártel son una minoría respecto de total de las asociadas pertenecientes a AECA y a AESVA. Las asociaciones formaron parte del cártel desde abril de 2009 a marzo de 2011. En lo que respecta a las circunstancias de la infracción, cabe destacar, en línea con lo establecido para las empresas en la sección anterior, que el sector del turismo, que indirectamente se ha visto afectado por la infracción, tiene una especial relevancia a nivel nacional.

En segundo lugar, ha quedado acreditado que el cártel produjo una serie de efectos perjudiciales para la competencia en el mercado afectado, incluyendo una modificación de los precios competitivos.

En tercer lugar, las asociaciones colaboraron en las frecuentes reuniones celebradas con el fin de realizar un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos, que resultaban en una llamada de atención a las empresas que se desviaran de lo acordado. Por lo que respecta a la AECA específicamente, tal y como determinó el Consejo de la CNC en la resolución original, ha quedado acreditado que su presidente creó específicamente una cuenta de correo para poder llevar a cabo el seguimiento de los acuerdos. Por tanto, AECA desempeñó un papel relevante en este sentido, pues habilitó esta cuenta para vigilar y ejecutar el cártel. De acuerdo con todos los factores señalados, esta Sala considera que el importe de la multa para las asociaciones debe ser el siguiente: AECA: 100.000 euros. AESVA: 67.000 euros. En ambos casos, las multas de la tabla anterior son inferiores a las sanciones impuestas por la resolución original de la CNC, por lo que no hay reformatio in peius."

A juicio de la Sala, la resolución recurrida fija una sanción proporcionada atendidos los criterios empleados, que la demanda no cuestiona.

La discrepancia de la recurrente se centra en considerar que la sanción debe imponerse teniendo en cuenta los recursos económicos con los que cuenta la asociación, argumento que rechazamos pues la imposición de la sanción con arreglo a ese criterio carece de cobertura legal con independencia de que, indirectamente opera por vía de la proporcionalidad de la sanción, principio que no entendemos vulnerado atendido el conjunto de circunstancias concurrentes y que han sido analizadas por la resolución impugnada en los términos que se han descrito.



CUARTO.- No desvirtúa esta conclusión la invocación por la actora de la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2014, rec. 283/2013 .

En esa sentencia se impone a una asociación provincial de Agencias de Viajes de Tenerife una sanción de 400.000 euros

Ahora bien, el caso enjuiciado en aquella sentencia y el de AECA presenta notables diferencias.

Como explica la citada sentencia *"Los sectores afectados por las conductas analizadas son el de las agencias de viajes y el de los guías de turismo, quedando delimitados geográficamente a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, por ser el ámbito territorial de actuación de ambas Asociaciones y el de los acuerdos suscritos*

En aquel caso, la CNC no ponderó la dimensión del mercado afectado y el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales siendo así que la conducta se limitó a la provincia de Santa Cruz de Tenerife y no se describieron tales efectos.

Sin embargo, en el cartel de coches de alquiler, el mercado afectado era supraautonómico y como indica la resolución recurrida, el cartel impidió el funcionamiento de la libre competencia durante los años de vigencia del cártel, y su intervención condujo a precios supracompetitivos con efectos negativos sobre el usuario de servicios de alquiler de coches sin conductor a corto plazo.

La citada sentencia que cita la parte recurrente destacaba también que el resultado del ejercicio en 2012 y 2013 había sido de unos 5000 euros y ese dato, unido a que la sanción impuesta a la otra Asociación APIT era de 6000 euros, llevó a la Sala a entender que la sanción de 400.000 euros impuesta a la Asociación provincial de Agencias de Viajes de Tenerife, era desproporcionada, circunstancias que no concurren o son bien diferentes en el presente caso, por las razones expuestas.

Por otra parte, la sanción impuesta a AECA se encuentra dentro de los parámetros seguidos con asociaciones sancionadas en otros cárteles y así lo hemos destacado al enjuiciar la sanción de 200.000 euros impuestos a FENIN en el cartel de Absorbentes de incontinencia de orina (AIO) en la sentencia, de 16 de mayo de 2018, rec. 345/2016 , en la que teníamos en cuenta que, con las singulares diferencias en cada caso, en el cartel de Industrias Lácteas, se impuso a GIL una multa de 200.000 € y en 100.000 € fue fijada la multa impuesta a la asociación AELGA.

Asimismo, en el cartel de residuos, se impusieron dos multas de 100.000 euros a ASELIP, 150.000 euros a AREMA, y 100.000 euros a ACESER, por lo que, en definitiva, entendemos que la sanción impuesta es proporcionada.

Procede en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas a la entidad recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto Ruiz, actuando en nombre y representación de **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE COCHES DE ALQUILER DE ANDALUCÍA (AECA), S.L.**, contra la resolución de 18 de mayo de 2017, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 100.000, euros de multa en ejecución de lo resuelto por la Audiencia Nacional en sentencia de 16 de marzo de 2016 , declarando que la citada resolución es conforme a derecho.

2.- Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 06/06/2018 doy fe.