



Roj: **SAN 2441/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2441**

Id Cendoj: **28079230062020100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/09/2020**

Nº de Recurso: **410/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000410 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04852/2016

Demandante: ANT SERVICIALIDAD S.L.

Procurador: D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 410/16 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y representación de **ANT SERVICIALIDAD S.L.** contra la resolución de 12 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 16.571 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. 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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que declarando haber lugar a la misma:

"1) Revoque en su integridad la referida Resolución de 12 de julio de 2016 por no ser conforme a Derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante al amparo de una Orden de Investigación que, dictada en fecha 28 de mayo de 2013 frente a mi cliente, debe declararse nula y cuya nulidad implica también la del acuerdo de incoación del expediente administrativo y la de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental procedente de la inspección practicada en las diligencias previas S/0471/Í3, quedando la resolución final carente de prueba de cargo.

2) Con carácter subsidiario al punto 1) -es decir, si no se estimase-, revoque en su integridad la referida Resolución de 12 de julio de 2016 por no ser conforme a Derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante en el marco de una labor inspectora que, efectuada los días 4 y 5 de junio de 2013 en las instalaciones de mi cliente, debe declararse nula en relación con la documental que se incorporó al Expediente S/0506/14 Concesionarios Volvo, procedente de las diligencias previas S/0471/13, a medio del acuerdo de incoación del expediente administrativo y de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental, que, dictados en el marco del mismo, deben igualmente declararse nulos, quedando la resolución final carente de prueba de cargo.

3) Con carácter subsidiario a los puntos 1) v 2) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores-, revoque la referida Resolución de 12 de julio de 2016 por no ser conforme a Derecho al haberse conculcado con la sanción que se impuso a mi cliente de 16.571 € el principio de no concurrencia de sanciones, dejando aquélla sin efecto (en los términos expuestos en el Hecho Segundo y en el apartado segundo de los fundamentos jurídico- materiales).

4) Con carácter subsidiario a los puntos H. 2) v 3) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores-, revoque en su integridad la referida Resolución de 12 de julio de 2016 por no ser conforme a Derecho al haberse producido la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

5) Con carácter subsidiario a los puntos H. 2). 3) v 4) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores-, revoque la referida Resolución de 12 de julio de 2016 por no ser conforme a Derecho al haberse impuesto una sanción a mi cliente de 16.571 € que infringe el principio de proporcionalidad, reduciéndose en la medida que la Sala estime oportuno de conformidad con los criterios propuestos en el Hecho Cuarto y en el apartado cuarto de los fundamentos jurídico- materiales."

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. - Mediante Auto de 28 de noviembre de 2017, se declaró pertinente la documental propuesta por la recurrente, teniendo por reproducido los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como los documentos acompañados a la demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios. Asimismo, se fijó la cuantía del recurso en 14.514 euros.

CUARTO. - Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones quedaron los autos conclusos para sentencia.

QUINTO. - Para la votación y fallo del recurso se señaló el día 15 de julio de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 12 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 16.571 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entra dentro de la definición de cártel.

SEGUNDO. - Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:



[...]

1. A.N.T. SERVICALIDAD SL. por su participación en el cartel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre 2011.

TERCERO. - Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. A.N.T. SERVICALIDAD SL.: 16.571 euros. [...]

SEXTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Tras haber tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador.

2) En el marco de dicha información reservada, con fechas 4 y 5 de junio de 2013, la Dirección de Investigación realizó inspecciones en la sede de la empresa "El Cliente Indiscreto", nombre comercial empleado por la empresa A.N.T. SERVICALIDAD, S.L. (ANT).

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DI que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 19 de diciembre de 2014 la incoación del expediente sancionador S/0506/14 Concesionarios VOLVO contra A.N.T. SERVICALIDAD, S.L. y los siguientes concesionarios independientes distribuidores de la marca VOLVO: AUTO ELÍA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L. y TBERMOTOR SUR, S.A., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.

4) Con fecha 10 de septiembre de 2015 la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación contra el Director General de una de las empresas incoadas, TBERMOTOR SUR, S.A., al desprenderse de la documentación obrante en el expediente y obtenida durante la instrucción del mismo, su participación directa en el diseño e implementación de las conductas objeto de sanción en este expediente, consistentes en la fijación de precios, condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO.

5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, el 14 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia (DC) formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

5) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el día 18 de diciembre de 2015 la DC, adoptó la Propuesta de Resolución, que fue elevada el 21 de enero siguiente a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC para su resolución.

6) Con fecha 28 de enero de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir nuevamente a las empresas información sobre su volumen de negocios total correspondiente al año 2015 y sobre su volumen de negocios en el mercado de la distribución de vehículos a motor nuevos de la marca VOLVO en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla la Mancha, total y desglosado por modelos en los ejercicios 2009, 2010 y 2011 (folios 10478 a 10480).

7) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 12 de julio de 2016 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"1. A.N.T. SERVICALIDAD, S. L. (ANT) fue constituida en el año 2000, encontrándose su domicilio en C/Torres Quevedo 105, 03204 Elche (Alicante). Su objeto social consiste, entre otros, en la prestación a empresas de servicios de atención al cliente, estudios de mercado y similares.

En concreto, en relación con los tipos de servicios que ANT ofrece a las empresas distribuidoras de vehículos de motor, ANT ha establecido las siguientes categorías de servicios:

- a. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para marcas de automoción. En este tipo de servicios ANT evalúa la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, entregando al cliente un informe cualitativo del seguimiento del proceso completo de venta, desde la llamada del cliente para quedar con el vendedor, hasta el presupuesto realizado por el comercial y la llamada de seguimiento para conocer la decisión de compra del cliente.
- b. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso, analizando la calidad en la atención al cliente adjuntando en los resultados de su trabajo de investigación la oferta económica que le ha sido presentada para que el cliente pueda comprobar cómo actúan sus comerciales.
- c. Evaluaciones de Comprador Misterioso, en los que ANT elabora informes en los que se analiza la actuación de un comercial al realizar el proceso de venta de un vehículo.
- d. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para concesionarios que quieren evaluar a su competencia (otras concesiones de su zona) y conocer las técnicas de venta que utilizan y las ofertas que dan.
- e. Análisis de ventas perdidas, para conocer los motivos por los que un cliente finalmente no compró en determinada concesión.
- f. Recuperación de clientes de taller, mediante llamadas para ofrecer una promoción en particular y conseguir que vuelvan al taller a realizar sus revisiones.
- g. "Mystery calling" a talleres y a ventas, para evaluar la calidad del servicio telefónico, plazos para ofrecer citas y las ofertas que se realizan.
- h. Formación. Ofrecida a través de "freelance" independientes para que las empresas mejoren los aspectos más débiles detectados en la atención al cliente."

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo del sector del automóvil y, antes de delimitar el mercado afectado, efectúa algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cuál es la relación entre la marca y el concesionario, se refiere al régimen jurídico de los concesionarios, regidos por contratos de distribución de vehículos y de servicios concertados con los proveedores y fabricantes de las marcas oficiales de modo tal que el proveedor vende sus productos al distribuidor y éste los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial. Señala que en la distribución minorista de automóviles nuevos la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que éste establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados, práctica que estaría cubierta por el Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. Quiere ello decir que el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos derivados del negocio.

Respecto a la política de precios de VOLVO CAR ESPAÑA (VOLVO ESPAÑA), recoge la resolución impugnada que existe libertad de precio, formulando la marca únicamente recomendaciones orientativas. Explica que, en términos medios ponderados sobre los precios de venta recomendados, el concesionario obtiene un margen fijo del 9% de cada vehículo y adicionalmente puede llegar a obtener un margen variable de hasta un 7% ligado a un sistema de remuneración que tiene en cuenta, entre otros elementos, los índices de satisfacción de clientes, el cumplimiento de ciertos estándares avanzados y la consecución de las cifras de referencia de ventas de vehículos nuevos y usados acordadas entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios y que así se recoge en el contrato firmado entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios, en cuya estipulación Décimo cuarta se establece que "Volvo podrá hacer recomendaciones sobre los precios de venta al público, e incluso establecer precios máximos de venta. No obstante, el Concesionario establecerá libremente los precios y descuentos de los Vehículos Volvo que venda, siempre y cuando respete, en su caso, el precio máximo determinado por Volvo". Y añade que se establece un régimen de descuentos para lo que se denominan "ventas especiales" (ventas a empleados de Volvo y de la Red de concesionarios, Organismos Oficiales, a empresas de Rent-a-Car, a Compañías de Renting, Ventas a Empresas, a Minusválidos y a Autónomos) por VOLVO ESPAÑA, que varían de unos años a otros, los colectivos a los que se aplican o cuantía.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca.

Singular relevancia tiene las consideraciones relativas al mercado geográfico que comprendería, según la resolución sancionadora, la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro

de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas pudiendo distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

Razona que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

El proveedor, dice, según el contrato que suscribe con los concesionarios y que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine y que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario; de lo que concluye que los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, con una influencia significativa en las provincias limítrofes.

En el caso examinado, la Dirección de Competencia habría comprobado que las prácticas anticompetitivas tienen un ámbito de influencia superior a la de la localidad en la que se ubican, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, como queda también reflejado en el buscador de la marca, en el que se incluyen al buscar por Comunidades Autónomas (CCAA) los ubicados en provincias limítrofes. Así las cosas, se expone en la resolución recurrida que el territorio al que se refiere la distribución y venta de los vehículos de la marca VOLVO puede verse ampliado al atender a demandantes de provincias limítrofes, no necesariamente integrantes de una misma Comunidad Autónoma, avalando así una consideración supra-autonómica del mercado afectado en este expediente, sin perjuicio de que en este expediente se ha constatado que las prácticas anticompetitivas se estructuraban en la zona denominada "VOLVO Madrid", en las que han participado 7 concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, teniendo uno de ellos también sedes en las provincias de Guadalajara y Segovia y por ello, las prácticas objeto de investigación se circunscriben a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO en las CC.AA de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha, siendo el mercado geográfico afectado el de dichas CC.AA.

Por último, analiza la estructura del mercado por el lado de la oferta y desde el punto de vista de la demanda, distinguiendo tres canales, a saber, flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor, con indicación del volumen porcentual que cada uno de ellos suponía en el total de ventas y su evolución en los años analizados. Por lo demás, recoge el número de vehículos matriculados de la marca VOLVO en el período comprendido entre enero a julio de 2014 y de 2015.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT, así como las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información.

Las pruebas así obtenidas pondrían de manifiesto que los concesionarios participantes adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de llevar a cabo un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO. En concreto, se constata la existencia de un cártel autodenominado por sus integrantes como "VOLVO Madrid", que se habría iniciado al menos en febrero de 2007, formado por AUTO ELIA, SERVAUTO y TIBERMOTOR, con la colaboración de ANT, y tras interrumpirse temporalmente a partir de septiembre de 2007, se habría reiniciado en octubre de 2009 por las citadas entidades, sumándose TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS y posteriormente BATTICALOA en enero de 2010, manteniéndose hasta diciembre de 2011.

En su relación de hechos acreditados, se refiere la CNMC de manera especial al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos a través de la contratación de la empresa ANT SERVICIALIDAD, intervención que se revela como determinante, en muchos de los casos, para justificar la participación de cada uno de los concesionarios sancionados en los acuerdos colusorios.

TERCERO. - Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC.

Seguidamente describe los hechos determinantes de la infracción supuestamente cometida por las citadas empresas del siguiente modo:

En el caso de ANT SERVICIALIDAD S.L, la imputación obedece a su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde, al menos, octubre 2009 a diciembre de 2011.



CUARTO. - En su demanda, la parte recurrente, plantea como motivos impugnatorios, la anulabilidad de la resolución recurrida por infracción de los artículos 18.2 y 24 de la CE 13.3 del Real Decreto, por el que se aprueba el reglamento de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia relativa a los mismos por la ilegalidad en la obtención de las pruebas de cargo. A su juicio, la Orden de Investigación de la CNMC de 28 de mayo de 2013 y la inspección en la sede de ANT los días 4 y 5 de junio de 2013 adolecía de defectos jurídicos manifiestos determinantes de su nulidad, al no satisfacer el contenido mínimo exigido por el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Por lo demás, sostiene que los defectos denunciados nunca pudieron ser convalidados por el Auto de autorización de entrada de 3 de junio de 2013, conforme reiterada jurisprudencia, y ello sin tomar en consideración que incluso el referido Auto de autorización arrastraba idénticos defectos.

Añade que la información a la que había tenido acceso y que motivó la información reservada s/0471/13, relativa a los concesionarios de las marcas VW, Audi y Seat exclusivamente, en modo alguno relacionaba "las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor" con concesionarios de la marca Volvo por lo que no existía ningún indicio que permitiese la recopilación de la documental que posteriormente se incorporaría por la Dirección de Competencia al expediente y que constituye la única prueba de cargo en el expediente de Volvo.

En segundo lugar, denuncia la infracción del principio de no bis in idem y de no concurrencia de sanciones por haber sido sancionada por los mismos hechos y con idéntico fundamento que los que fueron objeto de sanción en las resoluciones de Chevrolet, Opel, Hyundai, Land Rover y Toyota. Considera que la imposición de una nueva sanción inmediatamente después de las impuestas en las resoluciones citadas sería desproporcionada y vulneraría el citado principio.

Denuncia, en tercer lugar, la caducidad del procedimiento de conformidad con el art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Finalmente, denuncia la desproporción y falta de motivación de la sanción impuesta.

QUINTO. - Entrando a examinar los motivos del recurso, la recurrente denuncia la nulidad de la resolución recurrida por infracción de los artículos 18.2, 18.3 y 24.1 de la CE, 40 de la LDC y 13 del RDC.

Explica ANT, que el procedimiento sancionador al que pone fin la resolución recurrida tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley toda vez que la incautación de documentos que tuvo lugar durante las Inspecciones realizadas en la sede de ANT habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entiende que los datos y elementos contenidos en las órdenes de investigación que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos inculpativos no delimitaban, como exige el artículo 40 de la LDC y el artículo 13 del RDC, las conductas objeto de dicha investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto, limitado a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas Audi, SEAT y Volkswagen) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como las imputadas después a los concesionarios VOLVO.

Añade que la CNMC habría incurrido, a su juicio, en la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución puesto que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNMC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídicas, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Debemos rechazar los motivos de nulidad alegados.

Con carácter previo conviene recordar que la entrada en la sede de ANT contaba con autorización judicial otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio siguiente.

Sin embargo, esta circunstancia no excluye que podamos pronunciarnos sobre la validez de la orden de entrada pues ya el TS en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201 / 2011 (UNESA) precisó que "el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad."

Pues bien, en la sentencia de 31 de octubre de 2017, rec. 1062/2017, que vino a fijar criterio sobre la validez de las Ordenes de investigación en las inspecciones domiciliarias de la CNMC con arreglo al nuevo modelo de

casación, el Tribunal Supremo confirmó la resolución de un Juzgado, denegatoria de la solicitud formulada por la CNMC de entrada en una empresa porque la Orden de investigación no concretó las razones que vinculan la necesidad de la entrada en el domicilio con el objeto de la investigación.

Ahora bien, la Orden de investigación para la entrada en la sede de ANT hacía saber a ésta que "La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor".

La orden contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT que vinculaba además su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de las marcas SEAT, VW y AUDI, pero no de VOLVO, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye la recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, recurso núm. 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión en estos términos:

"QUINTO. - Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas". Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección acreditativas de la participación de ANT en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación con la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

SÉXTO. - Denuncia la actora la caducidad del procedimiento. Expone que en fecha 14 de julio de 2016 le fue notificada una incompleta Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC carente del Voto Particular emitido por el Consejero Carlos José, al que se adhiere el consejero Carlos Antonio. Precisa que la propia Resolución notificada advertía que "Los Consejeros Carlos Antonio y Carlos José se reservan el derecho a formular voto particular" pero no incorporaba ningún voto particular.

Añade que en fecha 18 de julio de 2016, esto es, dos días después de la finalización del plazo máximo de duración del expediente le fue notificado el citado Voto Particular.

Así las cosas, manifiesta que no se le notificó la totalidad de la Resolución (de la que forma parte indisociable cualquier Voto Particular a la misma) hasta el día 18 de julio de 2016, en tanto que el plazo para resolver y notificar la Resolución había expirado dos días antes, el día 16 de julio de 2016.

No podemos, sin embargo, estimar este motivo de impugnación a la vista del tenor literal del artículo 36.1 de la Ley 15/2007, según el cual "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".

Es decir, el dies ad que de dicho plazo es el de notificación de la resolución sancionadora, cuya validez y eficacia no se ve afectada por el contenido de los posibles votos particulares que se formulen a la misma. En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia



sobre su eventual caducidad, el lapso de tiempo transcurrido para la elaboración e incorporación de los votos particulares anunciados en la resolución sancionadora. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la redacción de votos particulares.

SÉPTIMO. - Opone ANT la infracción del principio "non bis in ídem" porque por los mismos hechos y con base en idénticos fundamentos fue sancionada en la misma fecha en las resoluciones de Chevrolet, Opel, Hyundai, Land Rover y Toyota.

El art. 133 de la Ley 30/1992, entonces aplicable disponía que "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

Ahora bien, el hecho de que los expedientes anteriores concluyeran mediante resolución en la que también se sancionaba a la hora recurrente y que el "modus operandi" de ANT fuera el mismo, no significa que concurra la triple identidad requerida para apreciar la doble sanción prohibida por el precepto referido pues no hay identidad de hechos como lo revela que se incoaron expedientes distintos para enjuiciar las conductas realizadas por una serie de concesionarios de las marcas referidas en las que, en relación con tales concesionarios, ANT, como reveló cada expediente sancionador ocupó un papel facilitador de tales prácticas.

Lo mismo sucede ahora, en relación con el denominado cartel de "VOLVO" en el que se ha acreditado el mismo rol facilitador de las conductas prohibidas por parte de ANT, sin que se concurra la duplicidad de sanciones a la que alude aquel precepto.

OCTAVO. - Finalmente, en cuanto a la sanción impuesta la recurrente, cuando alega desproporción de la sanción se refiere, no a su importe final sino al tipo sancionador aplicado. Este, ha sido del 2% por su condición de facilitador sin actuación directa en el mercado afectado por lo que, como explica la resolución recurrida, no procede efectuar ningún ajuste a la baja del tipo sancionador general correspondiente a la conducta.

Esta circunstancia, se encuentra acreditada y justifica ese tipo agravado que se traduce en una sanción de 16.571 euros que la actora no discute y que la Sala entiende absolutamente proporcionada.

NOVENO. - Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y representación de **ANT SERVICIALIDAD S.L.** contra la resolución de 12 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 16.571 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN. - Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.