



Roj: **SAN 2447/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2447**

Id Cendoj: **28079230062020100215**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/07/2020**

Nº de Recurso: **478/2016**

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: 0000478 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05688/2020

Demandante: IBERICAR REICOMSA, S.A.U.

Procurador: D. CARMELO OLMOS GÓMEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD DE MADRID.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

S E N T E N C I A N º :

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 veintisiete de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 478/16 promovido por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, actuando en nombre y representación de **REICOMSA**. S.A. contra la resolución de 28 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.317.357 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo 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 cual con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

(I) Se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la Resolución objeto de recurso, en todo lo que se refiere a IBERICAR REICOMSA, S.A.U.

(II) A título estrictamente subsidiario, se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule el Resuelve TERCERO de la Resolución objeto del presente recurso, obligando a la CNMC a recalcular a la baja el importe de sanción impuesta a IBERICAR REICOMSA, S.A.U., dado el carácter erróneo y desproporcionado del importe fijado como sanción por la CNMC.

(iii) Se impongan las costas procesales a la Administración demandada"

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 diligencia de ordenación, se fijó la cuantía del recurso en 1.317.357 euros euros.

CUARTO.- En virtud de Auto de 18 de septiembre de 2015, se acordó el recibimiento del pleito a prueba uniéndose el informe pericial acompañado con la demanda y fijándose fecha para su aclaración y ratificación en que tuvo lugar.

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

SEXTO.- Seguidamente, mediante providencia de de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 1 de julio de 2020, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 28 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.317.357. 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, recaída en el expediente "Expediente. SAMAD/09/2014 - Concesionarios NISSAN", 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 cartel.

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

IBERICAR REICOMSA, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

(...).

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

5. IBERICAR REICOMSA, S.A.: 1.317.357 euros

(...)

CUARTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. En el marco de una información reservada, relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor en España con fecha 4 y 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación realizó inspecciones en la empresa A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L. (ANT) y en la sede del concesionario M. Conde S.A.

2. El 29 de agosto de 2013, sobre la base de la información reservada realizada, la Dirección de Investigación, acordó la incoación del expediente sancionador S/0485/13, Concesionarios Nissan, contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes en la fijación de precios y 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 Nissan.
3. Con fecha de 23 de abril de 2014, la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, habiendo constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente S/0485/13, al objeto de que pudiera ser remitido al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
4. Mediante Resolución de 22 de mayo de 2014, la CNMC acordó el archivo del expediente S/0485/13 incoado por la extinta Dirección de Investigación el 29 de agosto de 2013, contra determinadas empresas y concesionarios distribuidores de la marca Nissan, y la remisión de todo lo actuado al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.
5. Con fecha 17 de junio de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) remitió al Servicio de Defensa de Competencia de la entonces Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid el presente asunto, por haber constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas anticompetitivas había sido delimitado a la Comunidad de Madrid.
6. El 19 de enero de 2015, se acordó de oficio por la Viceconsejería la incoación del expediente sancionador SA09/2014 Concesionarios NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.
9. Con fecha 2 de febrero de 2015, se solicitó información a ANT SERVICIALIDAD así como a las empresas A6 IBERAUTO, AUTOMOCIÓN DIAZ, GAMBOA AUTOMOCIÓN, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR y SANTOGAL AUTOMÓVILES.
10. El 27 de marzo de 2015, fue formulado y notificado a las partes el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.
11. El 16 de junio de 2015, se decretó el cierre de la fase de instrucción, formulándose la Propuesta de Resolución con fecha 18 de junio de 2015, habiendo presentado todas las partes incoadas alegaciones a la misma.
12. El 18 de septiembre de 2015, el Servicio de Defensa de la Competencia, elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC que, con fecha 12 de enero de 2016, requirió la información relativa al volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas así como, para aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, el volumen de negocios en la Comunidad de Madrid, correspondiente al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca NISSAN, de los ejercicios afectados por la infracción.
13. Finalmente, la Sala de Competencia dictó con fecha 28 de julio de 2016, la resolución que aquí se recurre.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, IBERICAR REICOMSA, S.A. (REICOMSA), del siguiente modo:

Se trata de una entidad con domicilio social en Madrid. Su objeto social es la comercialización de vehículos de turismo, furgonetas, camiones, tractores y vehículos automotores en general, y sus recambios y accesorios. Pertenece al 100% a IBERICAR CENTRO AUTO, S.L, que a su vez está controlada por IBERICAR SOCIEDAD IBÉRICA DEL AUTOMÓVIL, S.A. Lleva a cabo su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud de contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace 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.

En cuanto a la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

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 determinados modelos de vehículos de motor nuevos de la marca NISSAN a particulares residentes en la Comunidad de Madrid. El mercado geográfico queda limitado al territorio de esta Comunidad, llegando a indicar expresamente las empresas incoadas que las condiciones pactadas no se aplicarían a clientes de otras provincias diferentes a Madrid.

Por último, analiza la estructura del mercado por el lado de la oferta y, después de haber descrito antes las peculiaridades relacionadas con el precio de adquisición del vehículo por el concesionario a la marca y la determinación del precio de venta al público, pone de relieve que existen cinco concesionarios NISSAN en la Comunidad de Madrid, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR, GAMBOA, A6 IBERAUTO, AUTOMOCION DIAZ, todos ellos independientes de la marca, a los que habría de añadir también a SANTOGAL en el período temporal relevante a los efectos de este expediente, y cuyas relaciones con NISSAN son las previstas en el contrato de concesión de vehículos de la marca.

Desde el punto de vista de la demanda, alude a los tres canales principales (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.

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida describe las conductas investigadas.

Así, explica que de la información obtenida tras la inspección realizada los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT y en la del concesionario M. CONDE S.A. así como de las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia a las empresas incoadas se reveló la existencia de prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca NISSAN.

Al menos desde 2009 hasta 2013, los concesionarios independientes de la marca Nissan, todos ellos con sede social en la Comunidad de Madrid, habrían acordado en diferentes reuniones, con la participación de NISSAN y la de ANT y HORWATH descuentos aplicables a ciertos modelos nuevos de automóviles (se excluían ciertos modelos y vehículos usados).

NISSAN IBERIA, S.A. habría participado directamente en dichos acuerdos con la asistencia de cargos de responsabilidad de la empresa a las reuniones entre los concesionarios en las que se pactaron los acuerdos referidos.

Por otra parte, la función de ANT SERVICIALIDAD, S.L. (ANT) y HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P (HORWATH) empresas externas contratadas por los propios concesionarios era la de controlar el cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas participantes en el cártel.

En el caso de HORWATH, elaboraba el denominado "Protocolo de Revisión", con las condiciones pactadas para los modelos sujetos a acuerdo, que enviaba a ANT, además de revisar los expedientes de venta de los concesionarios partícipes, con carácter mensual.

En el caso de ANT, además de evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, realizaba para los concesionarios otro tipo de servicios, facturados como "estudios de mercado". En ellos, además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial de cada concesionario en las visitas realizadas, se añaden anotaciones en cuanto a la negociación de precios y la oferta económica finalmente conseguida, y que eran trasladados a las empresas que lo habían contratado. Los evaluadores de ANT visitaban los concesionarios de la marca NISSAN incoados en el presente expediente

con el objetivo de obtener la mejor oferta posible y comprobar si los concesionarios de la marca participantes en este cártel respetaban o no los acuerdos previamente adoptados por éstos.

A partir de esas visitas, elaboraban un informe para cada concesionario, explicando cómo se habían desarrollado aquellas, si se había respetado el precio máximo fijado o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo adoptado por estos concesionarios. Además, junto con el informe que presentaba ANT a cada uno de los concesionarios, se les facilitaba una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación en el caso de que procediera) ofrecida por cada concesionario. Dichos informes eran remitidos a través de correo electrónico mensualmente a los concesionarios, indicando qué visitas se habían realizado y cuántas "incidencias" (así se referían a los incumplimientos o desviaciones en los acuerdos) se habían encontrado. De esta forma todos los concesionarios integrantes de este cártel conocían la actuación de los demás verificando si se cumplían las condiciones previamente pactadas.

Para realizar el seguimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes en este cártel, a ANT y HORWATH se les proporcionaba con antelación el precio de venta y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos.

Así lo ponen de manifiesto, relata la resolución recurrida, las anotaciones manuscritas de ANT sobre la reunión de 21 de diciembre de 2009, recabadas en la inspección de ANT en las que se recoge con detalle lo pactado, esto es, la persona de contacto para proporcionar la información necesaria, que se identifica como un directivo de NISSAN, la fecha de comienzo - 2 de enero de 2010-, el margen de error, el ámbito territorial al que se aplica el acuerdo ("como siempre Madrid"), si hay sanciones, cómo proceder en caso de incumplimiento de los acuerdos y su repercusión en la asistencia a las reuniones del cártel ("ir cuando haya pillados"), condiciones comerciales (descuentos, financiación, garantía).

Asimismo, mediante correo electrónico NISSAN transmitía a ANT y HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica, como se acredita en el email de 22 de diciembre de 2009, recabado en la inspección de ANT.

Las sanciones que en ocasiones se imponían a los concesionarios por desviarse de los términos del acuerdo eran empleadas asimismo para pagar los servicios de ANT. Correo electrónico remitido por ANT a todos los participantes en los acuerdos con fecha 15 de marzo de 2010 (folio 225)

La operativa del cártel queda reflejada en detalle en un documento, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, denominado "El Cliente indiscreto" (folios 195-196). En ese documento, transcrito en las páginas 18-19 de la resolución recurrida se dice, entre otros aspectos:

(...) Presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza.

(...) 4.- Transparencia. - Los datos de calidad referidos a cada concesionario solo los conocerá cada concesionario. Sin embargo, la información que se compartirá será la referida a las ofertas conseguidas, que se reflejarán de forma clara y homogénea en una tabla resumen teniendo en cuenta la oferta total, es decir, el modelo completo, el precio conseguido, el valor de tasación en su caso y los regalos conseguidos. También se reflejará cualquier tipo de incidencia importante que pueda afectar a la oferta en un apartado de "observaciones". 5.- Confidencialidad. - Dada la "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas. Ninguno de nuestros evaluadores sabrá realmente el propósito final del estudio (...)"

Asimismo, en el denominado "Mystery Shopping Estudios de Políticas Comerciales", recabado en la sede de ANT (folios 1471-1472), se destaca como objeto de tales estudios:

"EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO ESTUDIO QUE PROPONEMOS NUESTROS EVALUADORES Ó "COMPRADORES INDISCRETOS" VISITARÁN SUS CONCESIONES CON EL OBJETIVO DE OBTENER LA MEJOR OFERTA POSIBLE DE UN DETERMINADO MODELO COMPROBAREMOS SI TODAS LAS CONCESIONES RESPETAN O NO LA POLÍTICA COMERCIAL ESTABLECIDA CONFIDENCIALIDAD - ESTE TIPO DE TRABAJO SE LLEVA CON EL MAYOR NIVEL DE CONFIDENCIALIDAD. EN NUESTRA DOCUMENTACIÓN HABLAREMOS SIEMPRE DE "ESTUDIOS DE MERCADO" Y DE OFERTAS OBTENIDAS E INCIDENCIAS DETECTADAS. NINGUNO DE NUESTROS EVALUADORES SABRÁ REALMENTE EL PROPÓSITO FINAL DEL ESTUDIO. (...) OPERATIVA ESTABLECER MARGEN PERMITIDO (SI LO HAY)"

Por lo tanto, a partir de las visitas de los evaluadores de ANT se realizaba un informe mensual que se remitía a los concesionarios incoados en el que además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial de cada concesionario, se informaba de la oferta económica obtenida, siendo conscientes de su cuestionable legalidad, indicándose literalmente por ANT la "peligrosidad" de estos informes y que por ello, se les denominaba "estudios de mercado", haciendo hincapié en el desconocimiento de los evaluadores sobre el verdadero objetivo de dichos informes, que no era otro que comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios, cuyos incumplimientos o irregularidades quedan reflejados en estos informes como "incidencias", como se señala en las presentaciones de ANT.

Estos informes mensuales de mercado, así como el resumen mensual eran enviados con carácter previo por ANT a NISSAN. Anotaciones manuscritas de un directivo de ANT recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT, folio 216.

Refleja también la resolución recurrida el papel de HOWARTH descrito en un protocolo de 2 de enero de 2020 en el que se establecían los mecanismos de intercambio de información a través de "reunión de concesiones", indicando la existencia de excepciones que podían realizarse fuera del acuerdo y las incidencias para presentarlas en las reuniones de "Junta de Gerentes" que se realizaban mensualmente. (folios 1073 a 1078).

El protocolo modificado a resultas de la reunión de 8 de febrero de 2010 incorporaba como novedad un apartado denominado «COLECTIVOS» y un baremo de sanciones expresas por incumplimientos de lo acordado en relación con las condiciones comerciales a aplicar. (folios 1092-1095).

NISSAN proporcionaba a ambas consultoras, ANT y HORWATH, la información precisa para que pudieran desarrollar su actividad de control de cumplimiento efectivo de los acuerdos, indicando los objetivos trimestrales de los concesionarios partícipes, las ventas del mes correspondiente de estos, el peso relativo de cada concesionario basado en sus respectivos objetivos anuales, con una estimación del importe a facturar a cada uno (folios 1079 y 1083).

A su vez, la información recabada por las consultoras era remitida a NISSAN antes que, a los concesionarios partícipes en el cártel, especialmente las "incidencias" identificadas, para lo cual era requisito previo que la consultora conociera las condiciones que se aplicaban. Así se pone de manifiesto en las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 216).

Destaca la resolución recurrida la existencia de numerosos intercambios de información:

Así, un correo de 15 de marzo de 2010 (folio 225) con la tabla de resultados del mes de febrero

El correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2010 dirigido conjuntamente a AUTOMOCION DIAZ, GAMBOA, A6 IBERAUTO, NASUR, REICOMSA, NISSAN MADRID y SANTOGAL, en el que ANT envía la tabla definitiva de resumen de las llamadas "incidencias" y en él de nuevo figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados (folios 1119 a 1121):

El correo electrónico remitido por HORWATH a ANT, el 9 de abril de 2010, donde se concreta la fecha de la próxima reunión y que fue intervenido en la sede de ANT, (folio 1117).

El correo de HORWATH, de 6 de junio de 2011, convocando -con destinatarios en copia oculta- una reunión e instando a que se compartan los listados de accesorios, para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión y que fue recabado en la inspección de ANT. (folio 1122)

Los correos dirigidos por ANT a NISSAN a lo largo de 2012, adjuntando informes de los concesionarios NASUR, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA y A6 IBERAUTO, informes realizados por un evaluador-Mystery Shopper en los meses inmediatamente anteriores a los correos electrónicos de remisión y que figuran a los Folios 1124, 1143, 1147, 1152, 1164, 1196, 1246. En los informes adjuntos al correo se mencionan tanto la fijación de precios como las sanciones por incumplir el acuerdo, que ascendían a 1000 euros en el caso de que se tratara de la primera "incidencia" y se incrementaban sucesivamente en 500 euros más para el supuesto de sucesivos incumplimientos y que figuran a los Folios 1092 a 1095.

Las comunicaciones entre NISSAN y ANT en febrero y mayo de 2012, a través de correos electrónicos en los que NISSAN informa a ANT de las condiciones comerciales para determinados modelos. En particular, se trata de un Correo electrónico de fecha 6 de febrero de 2012 con asunto "Campañas Ene-Feb" y otro Correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2012 con asunto "Campaña versión acenta" de Nissan a ANT recabados en formato papel en la inspección efectuada en ANT:

Advierte la resolución recurrida que la conducta infractora continúa durante el año 2013, como evidencian los correos electrónicos de ANT a GAMBOA de fechas 18 y 25 de febrero de 2013, adjuntando información

relativa a los concesionarios partícipes respecto a unos modelos concretos de la marca NISSAN con detalle de precios, ofertas, etc., así como evidencias del acuerdo de fijación de precios. Así resulta del Correo electrónico de ANT a GAMBOA de fecha 18 de febrero de 2013 con varios adjuntos recabado en soporte electrónico en la inspección efectuada en ANT, (folios 1271, 1276 y 1283 y sigs).

El Informe «Mystery Shopper» relativo a REICOMSA de fecha 8 de febrero de 2013 (folio 1380):

Finalmente, destaca el documento fechado el 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III) que contiene un listado de precios desglosado por cliente y en el que aparecen, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA, NASUR y A6 IBERAUTO (éstos dos últimos con su nombre diferenciado, pero bajo la referencia común de NISSAN MADRID TALLER M. CONDE) con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado (folio 384).

CUARTO.- 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 Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia..

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

En el caso de IBERICAR REICOMSA, la imputación obedece a su participación en el cártel de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de servicios, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

QUINTO.- En su demanda, en síntesis, la parte recurrente, tras explicar el proceso de formación de precios de vehículos nuevos en la red oficial NISSAN denuncia, en primer lugar, que la Resolución infringe las reglas del procedimiento legalmente establecido para la aplicación de la LDC, en flagrante violación de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, porque el expediente SAMAD 09/2014, fue incoado por los mismos hechos analizados durante cerca de veinte meses por la extinta Comisión Nacional de Competencia en el expediente S/485/13 (concesionarios Nissan), archivado de forma claramente irregular.

En segundo lugar, por la utilización en este asunto de pruebas obtenidas de forma claramente irregular por la Dirección de Investigación de la extinta CNC. Así, la orden de investigación carecía de las exigencias previstas en el artículo 13 del RDC y vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y las inspecciones realizadas por la CNC en la sede de ANT se realizaron con la finalidad y el objeto de recabar pruebas sobre la existencia de una infracción de la normativa de competencia en el marco del citado expediente S/0471/13.

Denuncia que la Resolución ha sido dictada infringiendo el derecho a ser informado de la propuesta de sanción a imponer por la administración pública vulnerando lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 39/2015.

Denuncia también que la Resolución ha sido dictada aplicando de forma manifiestamente errónea, infundada y arbitraria la LDC, al basarse en meros indicios, en ausencia de pruebas de efectiva colusión en el mercado, e ignorando injustificadamente la existencia de una explicación alternativa a la colusión imputada en este asunto, dejando de valorar pruebas muy relevantes al respecto.

Destaca la contradicción de calificar como cártel una práctica como la analizada en este asunto, en la cual el principal operador, impulsor de la práctica analizada, no es competidor del resto de concesionarios sino su principal proveedor. Alude en éste sentido al doc. 3 que acompaña con la demanda en el que NISSAN IBERIA confirma, en el citado escrito, el control que ejerce sobre la actividad de los concesionarios miembros de su red de distribución selectiva. Este sistema de auditoría es obligatorio y está estrechamente relacionado con el margen variable que éstos últimos perciben en caso de cumplir con los objetivos de calidad de ventas.

A su juicio, la única prueba que obra en el expediente administrativo en relación específicamente a REICOMSA, la constituyen las facturas de los servicios por estudios de la labor comercial recibidos de ANT (folios 400 a 431) servicios que sólo respondían al compromiso de cumplimiento de los estándares de calidad que imponía NISSAN IBERIA a los concesionarios de su red de distribución, habiendo sido contratados por la propia NISSAN IBERIA.

No hay prueba del intercambio de información a lo que se añade que al tratarse de un mercado altamente transparente en el que es sencillo conocer de los precios finales que ofertan y aplican los concesionarios competidores, a través de los propios clientes que sirven de flujo de dicha información.

Por otra parte, respecto a la naturaleza y alcance de la información supuestamente intercambiada entre competidores, se trata de (i) información circunscrita a la labor comercial y a los procesos de venta que se

siguen en los distintos concesionarios distribuidores de vehículos de NISSAN durante el proceso de oferta al cliente, pero nunca de precios finalmente aplicados, (ii) Información pública, pues ya se ha trasladado a clientes que son libres de compararlas con terceros ofertantes, (iii) información con insuficiente grado de periodicidad: apenas se hacían dos o tres visitas al mes a cada concesionario, lo que en absoluto resulta representativo de una actividad de venta que comprende decenas de transacciones diarias; y (iv) información referida a precios o condiciones ofertadas en un momento anterior al supuesto intercambio; por tanto, nunca se trataría de información sobre precios futuros, evolución anticipada de los mismos, etc.

Además, no hay prueba alguna de paralelismo de conductas - precios efectivos de venta al público, que no de ofertas a clientes - que haya podido perjudicar a los clientes particulares interesados en adquirir ciertos modelos de vehículos nuevos en concesionarios distribuidores de vehículos de marca NISSAN en la Comunidad de Madrid.

Cita el informe de la consultora RBB Economics (folios 3.904 a 3.922 del expediente) del que se deduce que:

Los descuentos realmente aplicados por los concesionarios NISSAN de la Comunidad de Madrid fueron, de hecho, en muchos casos superiores a los máximos que teóricamente se habrían acordado según la Resolución.

Durante el período en el que la CNMC sitúa la infracción (años 2010 a 2013), el margen de los concesionarios sancionados por la CNMC en el expediente SAMAD 09/2014 estuvo en línea o incluso por debajo del de concesionarios situados en regiones comparables. Por tanto, durante dicho período, el comportamiento de estos concesionarios fue competitivo, y los precios y descuentos aplicados por estos concesionarios estuvieron en línea con lo que cabe esperar de cualquier situación competitiva.

Finalmente, denuncia que la sanción impuesta a REICOMSA infringe el principio de proporcionalidad porque no ha tenido en cuenta la necesaria diferencia en el grado de culpabilidad atribuible a REICOMSA respecto a otras empresas con un rol más activo en las prácticas enjuiciadas en la Resolución, como NISSAN IBERIA, ANT O HORWATH. Considera que el tipo sancionador aplicado a REICOMSA (2.2% de su cifra de negocios anual) contrasta enormemente con el aplicado a NISSAN IBERIA (0.5%).

Tampoco ha tenido en cuenta la ausencia de efectos de la supuesta infracción sobre los consumidores y usuarios del mercado de distribución de vehículos a motor de la marca Nissan en la Comunidad de Madrid.

En cualquier caso, destaca que REICOMSA informó a la CNMC que su cifra de facturación anual en el ejercicio 2015 había sido de 54.868.064 euros, y no los 58.889.861 euros que refleja el cuadro incluido en la página 67 de la Resolución por lo que, aunque se aplicase el tipo sancionador del 2.4% indicado por la CNMC en la página 69 de la Resolución, la sanción a imponer a REICOMSA sería de 1.316.833 euros.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, se denuncia en primer lugar, que los hechos que dieron lugar a la Resolución de 28 de julio de 2016 comenzaron a ser investigados por la extinta CNC en junio de 2013.

Así, tras una investigación inicial en las sedes de ANT Servicalidad y M. Conde S.A, se incoó en agosto de 2013 el expediente sancionador S/0485/13, *Concesionarios Nissan* que debería haber sido resuelto por la CNC (o la actual CNMC) en el plazo máximo de 18 meses, es decir, el 29 de febrero de 2015.

Por lo contrario, lo que se notificó a REICOMSA con fecha 19 de enero de 2015, un mes antes de la finalización del citado plazo máximo para la resolución del expediente S/485/13 -, fue el inicio de un nuevo expediente por una autoridad distinta, si bien referido exactamente a los mismos hechos previamente investigados por la extinta CNC durante más de veinte meses: el supuesto cártel de varios concesionarios de venta de vehículos NISSAN, con participación de la propia fabricante NISSAN IBERIA, en la zona de Madrid, entre los años 2009 y 2013.

La CNMC adoptó, el 22 de mayo de 2014, una resolución de archivo "condicionado", absolutamente irregular por ajena a lo previsto en los artículos 49 a 54 LDC, que o bien se tramita y se resuelve, o bien se archiva un determinado procedimiento, pero no se archiva "a condición de que" otra autoridad asuma la investigación de los mismos hechos, como aquí ha sucedido.

Posteriormente, la apertura por el propio SDCM de un nuevo procedimiento (SA 09/2014), referido exactamente a los mismos hechos investigados - durante cerca de 20 meses-, por otra autoridad, que se consideró competente desde el primer día y durante todo ese período, atenta contra lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia ("Ley 1/2002").

Pues bien, con independencia de las dudas que pueda plantear la actuación de la CNMC al disponer en este caso el archivo del expediente sancionador S/0485/13, la resolución de 22 de mayo de 2014, por la cual se

acordó, ganó firmeza al no haber sido recurrida por ninguna de las partes afectadas por dicho expediente, entre ellas la entidad ahora demandante.

En efecto, en ese acuerdo, tras relacionar los hechos y reflejar la normativa de aplicación -en particular los artículos 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero; 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio; y 1.3 y 4.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia-, la CNMC dispuso *"... el archivo del expediente S/0485/13 incoado por la extinta Dirección de Investigación el 29 de agosto de 2013 contra determinadas empresas y concesionarios distribuidores de la marca Nissan, en caso de que se asigne al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid y previa remisión a ella de todo lo actuado"*.

E indicaba de manera literal lo siguiente:

"Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación".

No consta, insistimos, que REICOMSA interpusiera dicho recurso, por lo que no puede ahora invocar la ilegalidad del acuerdo al tratarse, para esta entidad, de un acto firme por consentido.

Por tanto, no cabe cuestionar ni la decisión de archivo, ni tampoco la de atribuir la competencia para la instrucción del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, declaraciones ambas expresamente reflejadas en la citada resolución de 22 de mayo de 2014.

En realidad, la actora habla de irregularidades, pero no denuncia la infracción de precepto alguno y ni siquiera podríamos apreciar la existencia de caducidad al tratarse de expedientes diferentes.

SÉPTIMO.- En segundo lugar se alega que la Orden de Investigación que dio lugar a la entrada en la sede de ANT no tenía como objetivo expreso el de recabar documentos en relación al presente expediente, pues la autoridad de la competencia no hizo mención de indicio alguno de la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de NISSAN. Por ello, la orden de investigación carecía de las exigencias previstas en el artículo 13 del RDC y vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto a la validez de la orden de investigación, en sentencias anteriores (por ejemplo, en el cartel de TOYOTA) hemos dicho 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."

Esa 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 TOYOTA, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye COMAUTO.

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 COMAUTO 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 a 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. "

Esta argumentación es trasladable plenamente a REICOMSA, en relación al presente cartel de NISSAN por lo que debemos rechazar este motivo impugnatorio.

OCTAVO.- Denuncia la recurrente que la Propuesta de Resolución notificada por el SDCM a REICOMSA, de fecha 18 de junio de 2015 en el expediente SAMD 09/2014 - obrante en folios 3941 a 4050 del expediente - no contiene ninguna mención ni proposición concreta en materia de sanción económica que se le fuera a imponer por el Consejo de la CNMC, en aplicación del artículo 63 de la LDC.

Ciertamente, el art. 89.3 de la Ley 39/2015 dispone que:

"3. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado."

Sin embargo, en el ámbito específico de las sanciones de competencia y en particular, las infracciones muy graves caso de los carteles se sancionan conforme al art. 63.c de la Ley con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Por lo tanto, es lógico que la propuesta de resolución ex art. 34.1 del reglamento de Defensa de la Competencia no contemple la cuantificación de la sanción en ese momento que se remite a una fase posterior, una vez que se aporta por la empresa su volumen de facturación a requerimiento del Consejo de la CNMC.

NOVENO.- Seguidamente, la entidad recurrente rechaza la existencia del cartel porque el control que ejerce NISSAN IBERIA sobre la actividad de los concesionarios miembros de su red de distribución selectiva limita por completo la libertad en muchos aspectos, y uno de ellos es la fijación del precio de venta al público.

El examen de la documentación que obra en el expediente permite comprobar que es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

El incentivo vinculado a la retribución variable es el elemento competitivo más importante entre los concesionarios y en relación al cual se han detectado las prácticas anticompetitivas finalmente sancionadas.

Los descuentos, ofertas, regalos, garantías adicionales, y otros permiten a los concesionarios diferenciarse entre ellos en el mercado y ofrecer mejores condiciones a sus clientes.

Explicado lo anterior, advertimos que una cosa es que efectivamente la marca comunique al concesionario el precio de venta recomendado y otra diferente que el precio de venta al público lo fije también la marca en virtud de los contratos a los que se alude. En realidad, la marca vende el vehículo al concesionario y éste lo revende a sus clientes obteniendo el beneficio derivado del margen comercial de la venta y de la consecución de los objetivos que retribuye la marca.

El hecho de que los concesionarios tengan poca libertad para fijar el precio final de venta al público y deban someterse a las instrucciones de su proveedor" no significa que no tengan posibilidad de pactar dentro del margen del que gozan, en este caso, el nivel máximo de descuentos.

Recordemos que las Directrices relativas a las restricciones verticales, Doue 130 de 19 de mayo de 2010, definen estas como *"los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios"*.

De conformidad con ésta definición, tendría razón la actora en su argumentación si la marca efectivamente impusiera el precio final al concesionario, pero ya hemos visto que no es así. Si la marca impusiera efectivamente el precio y los concesionarios no tuvieran margen de maniobra al respecto, carecerían de sentido los contactos entre ellos y las comunicaciones de niveles máximos de descuentos, etc. Esa conclusión no se ve desvirtuada por el informe de RBB Economics (folios 3.904 a 3.922 del expediente) al que se alude en la demanda.

En realidad, los concesionarios de la marca, operan entre ellos en el mismo plano de la cadena de distribución de manera que para reducir la incertidumbre en el ámbito del componente variable del precio pactaban los descuentos máximos y otras condiciones comerciales aplicables al adquirente del vehículo. De no existir los acuerdos citados cada concesionario fijaría libremente aquellos elementos que inciden en el aspecto variable del precio, beneficiándose el supuesto comprador del resultado de una efectiva competencia entre ellos a la hora de fijar los descuentos máximos, los precios de tasación o los regalos, competencia entre los concesionarios que resultó restringida por la adopción de aquellas prácticas. Ello no significa finalmente una igualdad de precios, sino que el precio final de los vehículos acordados no fuera inferior a aquél que garantizaba a los concesionarios incoados ciertos márgenes, con aptitud para uniformar los precios de éstos, cuya afectación incide directamente en la libre competencia.

Las prácticas descritas integran por tanto un cartel, determinante de la infracción apreciada por la resolución sancionadora pues así lo revela la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, al advertir ANT en su documento "EL CLIENTE INDISCRETO" (folios 195-196) que *"dadala "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas."*

A ello se añade otros elementos que son propios de ésta figura como la regularidad de los contactos y encuentros mediante las reuniones convocadas mediante correo electrónico, el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos.

DÉCIMO.- Denuncia la recurrente que no se acreditado los efectos ciertos de prácticas colusorias en el mercado.

Sin embargo, es doctrina reiterada del TJUE que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos, y así *"... de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia..."* (Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión), cuya aplicación al caso es indudable a juicio de esta Sala.

Asimismo, debemos recordar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica

está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. (EDL 1978/3879) Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1 (EDL 1978/3879), la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

En el presente caso, las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, pero además, las pruebas obrantes en el expediente administrativo acreditan, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de NISSAN en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, disminuyendo la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de la citada marca. Consecuencia a la que sin duda habría contribuido la conducta, también imputada y acreditada en los términos que hemos analizado, consistente en el intercambio de información comercial sensible.

No ofrece duda, a juicio de la Sala, la tipicidad de las conductas sancionadas como restrictivas de la competencia.

DECIMOPRIMERO.- Acreditada la existencia del cartel, debemos analizar ahora, si como sostiene la recurrente, no se ha acreditado su participación en el llamado cartel de NISSAN de la Zona de Madrid.

La recurrente se limita a denunciar la vulneración de la presunción de inocencia, pero sin cuestionar el relato de la resolución recurrida descriptivo de la mecánica seguida por el cartel y los elementos probatorios en que se sustenta, trasladando sin más a la Sala la carga de verificar la concurrencia de estos.

A nuestro juicio, el expediente aporta suficientes datos incriminatorios que confirman la realidad de los hechos expuestos y así resulta de:

Las facturas expedidas por ANT en concepto de estudios de mercado a REICOMSA desde febrero de 2010 a mayo de 2013 (folios 374 a 405).

Ya se ha explicado que, como relata la resolución recurrida, junto con el informe relativo a la atención al cliente que el personal del concesionario ofrecía al supuesto comprador, ANT enviaba mensualmente a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, adjuntando el estudio que ANT titula "tabla de resultados", que resume el resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Dicho estudio incorporaba un cuadro resumen de las ofertas de cada concesionario por modelo de coche (por lo general, dos modelos de cada marca) desglosado por condiciones comerciales del acuerdo (precio de mercado, oferta, regalos, tasación, financiación, cuota correcta), resaltando las "incidencias", esto es, los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos.

De este modo, todos los concesionarios recibían la tabla de resultados, lo que les permitía conocer las condiciones comerciales ofrecidas por el resto de concesionarios de su zona, así como aquéllos que hubieran incumplido el acuerdo.

La finalidad perseguida con la contratación de ANT era verificar el cumplimiento de los acuerdos adoptados, y, como manifestaba esta empresa en sus presentaciones, "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo con ello incrementar

el margen comercial por vehículo vendido. Ello a través del servicio prestado a los concesionarios que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios", consistentes en el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos que incumplían los acuerdos, informando de los incumplimientos a los integrantes del cártel de cada zona y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Por lo tanto, el pago de las facturas por REICOMSA por los servicios prestados por ANT revela su conocimiento y voluntad de participar en el mecanismo diseñado por ésta para garantizar la vigilancia y el cumplimiento de los acuerdos adoptados por la red de concesionarios facilitando el intercambio de tales datos con el fin de homogeneizar el nivel máximo de descuentos a ofertar.

Por esa razón, la Sala concede un especial valor incriminatorio al pago de las facturas teniendo en cuenta que la explicación alternativa que ofrece la recurrente para explicar su abono carece de credibilidad.

Así, argumenta que la contratación de ANT respondía a la necesidad de NISSAN de comprobar sus resultados de calidad de ventas a efectos de recibir el abono previsto en el contrato en concepto de calidad en la atención al cliente, en segundo lugar, para comprobar que se cumplía con el sistema de campañas verificando que las aportaciones de NISSAN se trasladasen al cliente final y, finalmente, que la información sobre ofertas económicas y presupuestos contenida en los informes de "El Cliente Indiscreto", permitía a Nissan detectar supuestos de fraude en los que el concesionario se beneficiaba de la aportación de la marca pero no la trasladaba correctamente a la oferta realizada al cliente.

Con independencia de que, de ser así, las facturas las abonaría NISSAN y no los concesionarios, tales fines no se corresponden con los realmente ofertados por ANT como revela la presentación de su actividad (folio 649) en la que aquella ofrece a los concesionarios *"acabar con la guerra de precios existentes y homogeneizar descuentos máximos"*, consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido, realizando un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente alcanzados por los concesionarios de la marca NISSAN e identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel facilitando, en definitiva, el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Otros elementos incriminatorios que reflejan la participación de REICOMSA en el cartel son el correo de 15 de marzo de 2010 (folio 225) con la tabla de resultados del mes de febrero

El correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2010 dirigido conjuntamente a AUTOMOCION DIAZ, GAMBOA, A6 IBERAUTO, NASUR, REICOMSA, NISSAN MADRID y SANTOGAL, en el que ANT envía la tabla definitiva de resumen de las llamadas "incidencias" y en él de nuevo figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados (folios 1119 a 1121):

El correo electrónico remitido por HORWATH a ANT, el 9 de abril de 2010, donde se concreta la fecha de la próxima reunión y que fue intervenido en la sede de ANT, (folio 1117).

El correo de HORWATH, de 6 de junio de 2011, convocando -con destinatarios en copia oculta- una reunión e instando a que se compartan los listados de accesorios, para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión y que fue recabado en la inspección de ANT, folio 1122

Los correos dirigidos por ANT a NISSAN a lo largo de 2012, adjuntando informes de los concesionarios NASUR, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA y A6 IBERAUTO, informes realizados por un evaluador-Mystery Shopper en los meses inmediatamente anteriores a los correos electrónicos de remisión y que figuran a los Folios 1124, 1143, 1147, 1152, 1164, 1196, 1246. En los informes adjuntos al correo se mencionan tanto la fijación de precios como las sanciones por incumplir el acuerdo, que ascendían a 1000 euros en el caso de que se tratara de la primera "incidencia" y se incrementaban sucesivamente en 500 euros más para el supuesto de sucesivos incumplimientos y que figuran a los Folios 1092 a 1095.

Las comunicaciones entre NISSAN y ANT en febrero y mayo de 2012, a través de correos electrónicos en los que NISSAN informa a ANT de las condiciones comerciales para determinados modelos, en particular, se trata de un Correo electrónico de fecha 6 de febrero de 2012 con asunto "Campañas Ene-Feb" y otro Correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2012 con asunto "Campaña versión acenta" de Nissan a ANT recabados en formato papel en la inspección efectuada en ANT:

Advierte la resolución recurrida que la conducta infractora continúa durante el año 2013, como evidencian los correos electrónicos de ANT a GAMBOA de fechas 18 y 25 de febrero de 2013, adjuntando información relativa a los concesionarios partícipes respecto a unos modelos concretos de la marca NISSAN con detalle de precios, ofertas, etc., así como evidencias del acuerdo de fijación de precios. Así resulta del Correo electrónico

de ANT a GAMBOA de fecha 18 de febrero de 2013 con varios adjuntos recabado en soporte electrónico en la inspección efectuada en ANT, (folios 1271, 1276 y 1283 y sigs).

El Informe «Mystery Shopper» relativo a REICOMSA de fecha 8 de febrero de 2013 (folio 1380):

Finalmente, destaca el documento fechado el 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III) que contiene un listado de precios desglosado por cliente y en el que aparecen, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA, NASUR y A6 IBERAUTO (éstos dos últimos con su nombre diferenciado, pero bajo la referencia común de NISSAN MADRID TALLER M. CONDE) con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado (folio 384).

En definitiva, las pruebas que acreditan la intervención de REICOMSA en el mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", y los correos a que nos hemos referido, pruebas todas obtenidas en las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la recurrente en la infracción que se le imputa, tanto en lo relativo a la conclusión de acuerdos colusorios, como en lo que respecta al intercambio de información, y todo ello por el período que le atribuye la CNMC en la resolución recurrida.

Y es que, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".*

DECIMOSEGUNDO.- En cuanto a la imposición de la sanción, la demandante considera que la resolución infringe el principio de proporcionalidad porque no ha tenido en cuenta la necesaria diferencia en el grado de culpabilidad atribuible a REICOMSA respecto a otras empresas con un rol más activo en las prácticas enjuiciadas en la Resolución, como NISSAN IBERIA, ANT O HORWATH. Considera que el tipo sancionador aplicado a REICOMSA (2.2% de su cifra de negocios anual) contrasta enormemente con el aplicado a NISSAN IBERIA (0.5%).

Tampoco ha tenido en cuenta la ausencia de efectos de la supuesta infracción sobre los consumidores y usuarios del mercado de distribución de vehículos a motor de la marca Nissan en la Comunidad de Madrid ni el posible beneficio ilícito obtenido.

En el presente caso, la CNMC para cuantificar las multas impuestas ha seguido el mismo método que ya ha aplicado en otros supuestos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Sostiene el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse

como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que *"... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados"*.

Pues bien, razona la resolución recurrida que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

Pero, al propio tiempo, constata la existencia de otros elementos de la conducta que operarían en sentido contrario y conducen a graduar la multa por debajo del tramo superior del arco sancionador. De hecho, considera que el tipo sancionador general debe situarse en el tramo medio bajo, y expone que se ha tenido en cuenta al fijarlo que *"... en este sector los operadores actúan con márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales"*, y que dicho factor *"... puede considerarse relevante siempre que, como aquí ocurre, ofrezca una imagen común o estructural del sector en cuestión -independientemente del concreto margen comercial de las empresas en un determinado año o periodo-, y siempre que los operadores carezcan del respaldo de un grupo empresarial que desarrolle otras actividades económicas con características diferentes, condición que también se cumple en este caso"*.

Se refiere así a la previsión del artículo 64.1.c) de la LDC cuando alude al *"alcance de la infracción"* para, a continuación, considerar la resolución que el alcance territorial de la conducta es limitado en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviera lugar con una implantación en todo el territorio nacional.

También analiza los efectos de la infracción para sostener que *"los acuerdos entre las empresas disminuyeron efectivamente la incertidumbre en relación con las ofertas de sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que derivó en una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios infractores"*.

Y alude al sofisticado sistema utilizado para la comisión de la infracción al valerse de unas empresas (ANT y HOWARTH) que fueron contratadas para que organizaran los pactos y evaluara el nivel de cumplimiento de los acuerdos, además de establecer un mecanismo de sanción para los incumplidores.

Todo ello le permite afirmar, a la vista de estos factores, y teniendo presente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que la respuesta sancionadora debe situarse, como decíamos, *"... en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa"*.

La resolución individualiza las multas tomando en consideración, como factor determinante, y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción.

Refleja en los cuadros correspondientes el volumen de negocios en el mercado afectado de cada una de las empresas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de sus ventas durante los meses por los que se ha prolongado su conducta, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales, con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido (en el caso de GAMBOA, la cuota de participación en la conducta es de un 29,5%).

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer y que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2015 (54.889.861 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (2,4%, para REICOMSA) y la multa (1.317.357 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios, con la precisión que haremos más adelante.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

Por esa razón, rechazamos que no se haya diferenciado el grado de culpabilidad atribuible a REICOMSA respecto a otras empresas con un rol más activo en las prácticas enjuiciadas en la Resolución, como NISSAN IBERIA, ANT O HORWATH pues en el caso de la primera, la resolución explica que no ha tenido actuación directa en el mercado de venta de vehículos a particulares y de ahí la ausencia de volumen de negocio en el mercado afectado así como se ha valorado su condición de empresa multiproducto (tiene un gran volumen de negocios total) para garantizar la proporcionalidad de la sanción. Ha de tenerse en cuenta que un tipo sancionador, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto, es decir, las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado, conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de estas empresas. De ahí la consideración efectuada a NISSAN IBERIA.

En el caso de las otras dos su intervención es en calidad de facilitadoras de la conducta, forma de participación en la conducta que unida a la falta de volumen de negocio en el mercado afectado determina una sanción menor. No hay por tanto trato desigual pues los parámetros a comparar son distintos.

La resolución sancionadora ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca NISSAN.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 2,4%.

Sin que la falta de mención al beneficio ilícito que denuncia la actora tenga la trascendencia anulatoria que le atribuye pues se trata tan solo de uno de los parámetros utilizables para cuantificar la sanción, siendo así que la CNMC ha empleado otros que, en razón a cuanto venimos razonando, ofrecen una motivación suficiente para sustentar la cuantía finalmente fijada.

Finalmente, sobre la falta de mención a los efectos de la infracción sobre los consumidores y usuarios del mercado de distribución de vehículos a motor de la marca Nissan en la Comunidad de Madrid la prueba reunida en el expediente administrativo pone de manifiesto la incidencia que, sobre el precio final pagado por el comprador del vehículo, han tenido las conductas sancionadas, dirigidas a homogeneizarlo en todos los casos. Y es que, como razona la resolución, *"... el precio final se ha determinado por los concesionarios de la marca NISSAN participantes en el cartel a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (descuentos máximos, regalos, tasaciones), lo que no deriva necesariamente siempre en una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados por los concesionarios, pero sí implica una coordinación que persigue aproximar la uniformidad del precio final entre los partícipes del mismo, teniendo en cuenta que hay un precio orientativo de partida recomendado de venta al público por parte del fabricante hacia todos los concesionarios"*.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución recurrida, únicamente en cuanto a la determinación del importe concreto de la sanción pues la actora ha aportado con la demanda, doc. 4) una copia del escrito que presentó el 1 de febrero de 2016 a requerimiento de la CNMC (folios 5249 a 5255 del expediente) en el que informó a ésta que su cifra de facturación anual en el ejercicio 2015 había sido de 54.868.064 euros, y no los 58.889.861 euros que menciona la Resolución sancionadora. Al no contener ésta razonamiento alguno que rectifique la cifra comunicada por REICOMSA debemos entender que la correcta es la primera.

Por lo tanto, aplicando el tipo sancionador del 2.4% a 54.868.064 euros la sanción a imponer sería de 1.316.833 euros.



DÉCIMOTERCERO.- No se hace expresa imposición de costas atendido el pronunciamiento parcialmente estimatorio de esta sentencia y a la vista de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

1.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, actuando en nombre y representación de **REICOMSA**, contra la resolución de 28 de julio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.317.357 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos únicamente en cuanto al importe concreto de la sanción que se fija en 1.316.833 euros, con desestimación del recurso en lo demás.

2.- Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.