



Roj: **SAN 2457/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2457**

Id Cendoj: **28079230062020100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/07/2020**

Nº de Recurso: **479/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000479 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05695/2016

Demandante: GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A.

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEJÍAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD DE MADRID

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 veintiocho de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 479/16 promovido por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejías en nombre y representación de **GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se le impuso una sanción de 1.060.271 euros de multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "... declare la nulidad del acto administrativo impugnado por los motivos que se invocan y, subsidiariamente, la aplicación del artículo 5 de la LDC y, subsidiariamente, la inexistencia de infracción del artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y anule la sanción de 1.060.271 euros impuesta a GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A."

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

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 24 de junio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha de 28 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se le impuso una sanción de 1.060.271 euros de multa . 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. GAMBOA AUTOMOCIOIN, S.A., por su participación en el cartel 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: (...)

1. GAMBOA AUTOMOCION, S.A.:1.060.271 euros

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del 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) La entonces Dirección de Investigación acordó iniciar una información reservada al haber tenido conocimiento de 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 en el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español.

2) En el curso de dichas actuaciones, los días 4 y 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación llevó a cabo inspecciones en la sede de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L., y en la sede del concesionario M.CONDE S.A.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la ya Dirección de Competencia que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0485/14 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 AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, 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.

4) Constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente S/0485/13; y, mediante resolución de 22 de mayo de 2014, la CNMC acordó dicho archivo y la remisión de todo lo actuado 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.



5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, el 19 de enero de 2015 la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid acordó 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 AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, 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.

6) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el 27 de marzo de 2015 se formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes hicieron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 18 de junio de 2015 el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

8) Presentadas alegaciones, el 18 de septiembre de 2015 se elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

9) Con fecha 12 de enero de 2016 la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2015, o la mejor estimación disponible, con suspensión del plazo para resolver. Suspensión que fue alzada el 15 de febrero de 2016 con efectos de 13 de febrero anterior, fijando como nueva fecha de caducidad el 11 de mayo de 2016.

10) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 28 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 GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., como una empresa domiciliada en Madrid, cuyo objeto social es la comercialización de vehículos de turismo, furgonetas, camiones, tractores y vehículos automotores en general, y sus recambios y accesorios. Añade que pertenece al 100% a IBERICAR CENTRO AUTO, S.L -que a su vez está controlada por IBERICAR SOCIEDAD IBERICA DEL AUTOMOVIL, S.A.-, y 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.

Señala, respecto de la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, 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.

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.

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 y en la empresa M. CONDE, 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 NISSAN.

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, S.L., cuya actividad principal consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, los cuales eran prestados bajo la marca "El Cliente Indiscreto", normalmente a través de estudios de calidad en los que figuraba solamente la información referente al concesionario al que concernía y a disposición únicamente del concesionario evaluado, así como en prestar otros servicios a los concesionarios (bajo la denominación "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas) con el objeto, explícitamente reflejado por ANT en sus presentaciones, de *"acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos"* a fin de conseguir incrementar el margen comercial por vehículo vendido. Para ello se valía del 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 adoptados y remitiendo dichas "incidencias" (es decir, los incumplimientos) a los integrantes del cártel de cada zona, facilitando así el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida.

Se refiere asimismo al papel desempeñado por HORWATH quien, conforme a lo convenido durante las reuniones, elaboraba el denominado "Protocolo de Revisión" con las condiciones pactadas para los modelos sujetos a acuerdo y que enviaba a ANT, además de revisar los expedientes de venta de los concesionarios con periodicidad mensual.

Constata entonces la existencia de un cártel integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca NISSAN.

Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante el período comprendido entre diciembre de 2009 y mayo de 2013, y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y en el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prácticas prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con *"... manifiesta ocultación y secretismo"*.

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.

Relata la resolución que NISSAN comunicaba a ANT y a HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica, y se remite para acreditarlo al correo de 22 de diciembre de 2009, obtenido en la inspección de ANT y obrante a los folios 234 y 235 del expediente, en el que se indicaba lo siguiente:

"(...) Según lo acordado en nuestra reunión de ayer, en la tabla adjunta encontraréis los datos de contacto de los concesionarios que participan en el estudio...REICOMSA (...) IBERAUTO (...)NASUR MOTOR (...) GAMBOA AUTOMOCION (...) SANTOGAL (...)"

En sucesivos e-mails os iré enviando tarifas, tablas de promociones y descuentos y direcciones de sus instalaciones (...)".

La prueba, además, de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos.

Por su parte, la acreditación de la participación de HORWATH, y de su papel en el cártel, resultaría del protocolo de 2 de enero de 2010 que habría de utilizar en las auditorías conforme a lo ya pactado con NISSAN, protocolo



en el que se establecían los mecanismos de intercambio de información a través de "reunión de concesiones", y que consta en el correo electrónico dirigido por HORWATH a ANT de fecha 19 de enero de 2010 bajo el asunto "Protocolo NISSAN 02-01- 10", recabado en la inspección efectuada en ANT (folios 1073 a 1078 del expediente).

Entiende además la CNMC que el envío por ANT a los partícipes en el cártel de la información estratégica y sensible de todos los concesionarios ha quedado acreditada también en el expediente, y se refiere en particular a la entidad ahora recurrente, GAMBOA AUTOMOCIÓN, y al correo (folios 1100-1101) que le envió ANT el 15 de marzo de 2010 donde adjuntaba información relativa a todos los concesionarios y respecto de determinados modelos de vehículos de la marca.

Prueba de tales envíos la constituiría el correo electrónico de ANT remitido a todos los partícipes en los acuerdos el 15 de marzo de 2010 (folio 225), con informe de los resultados del mes de febrero; o el de 13 de mayo siguiente, donde ANT reflejaba la tabla definitiva resumen de las llamadas "incidencias" y en el que, de nuevo, figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados (folios 1119 a 1121).

También existen convocatorias de reuniones, y así la realizada por HORWATH a través de correo electrónico de 6 de junio de 2011 con destinatarios en copia oculta -folio 1122- a fin de que se compartiesen los listados de accesorios para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión; y remisión de información por parte de ANT que, en el año 2013, acreditaría la continuidad del cártel también entonces (por ejemplo, la enviada a GAMBOA en fechas 18 y 25 de febrero de 2013, con detalles de ofertas, precios y otros, que consta a los folios 1271, 1276 y 1283 y siguientes).

Por último, entre las pruebas acreditativas de la existencia y pervivencia del cártel durante todo el período de la imputación cita la resolución recurrida un documento de fecha 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III, y que obra al folio 384) que contiene un listado de precios desglosados por cliente y en el que aparecen varias de las empresas incoadas, entre ellas GAMBOA, con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado.

Tras valorar las pruebas reunidas en torno a la participación de los concesionarios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión desde, al menos, diciembre de 2009, y hasta mayo de 2013, de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC cometida por parte A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, Horwath Auditores España, S.L.P, NISSAN Iberia, S.A. y por los concesionarios distribuidores de la marca Nissan SANTOGAL AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L., IBERICAR REICOMSA, S.A. y M. GONDE, S.A.; infracción que se incluiría dentro de la definición de cartel en la medida que empresas competidoras adoptaron acuerdos sobre intercambio de información estratégica y comercialmente sensible para fijar descuentos y condiciones comerciales, homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca NISSAN en la Comunidad de Madrid, y restringiendo de este modo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de esa marca con el consiguiente perjuicio para el consumidor en la citada zona.

TERCERO.- Teniendo presente el ámbito geográfico definido en relación a este cártel, las conductas que se imputan a las distintas empresas intervinientes y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede analizar ya el primero de los motivos en los que la actora funda su impugnación, y que se refiere a la *"nulidad de las actuaciones por irregularidades en la instrucción y caducidad del expediente"*, con invocación de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 36.1 de la LDC.

Argumenta que se ha incumplido el procedimiento establecido para los casos de remisión del expediente conforme a lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, y entiende que la Dirección de Competencia no debió instar al Consejo de la CNMC para que acordara el archivo de las actuaciones y su remisión al órgano de la Comunidad de Madrid que consideraban competente, sino que debió haber remitido, en los términos del referido precepto, un informe o nota sucinta a dicho organismo con objeto de que este reclamara la competencia y, en caso de no hacerlo, haber procedido conforme señala el artículo 2.3 de la misma Ley 1/2002.

Y denuncia que la LDC no establece el archivo del expediente cuando se remite para su instrucción a un órgano autonómico, como tampoco lo hace la Ley 1/2002.

Ha de decirse, sin embargo, y no obstante las dudas que pueda plantear la actuación de la CNMC al disponer en este caso el archivo del expediente sancionador S/0485/13, que 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".

Sin que conste, insistimos, que GAMBOA AUTOMOCIÓN S.L. 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.

Esta conclusión arrastra también, y necesariamente, la desestimación del otro motivo que se vincula a la ilegalidad del archivo, cual es la caducidad del expediente.

En efecto, sostiene GAMBOA AUTOMOCIÓN que se habría excedido el plazo máximo de duración del procedimiento previsto en el artículo 36.1 de la LDC, con la consecuencia de su caducidad por aplicación de lo prevenido en el artículo 38.1, puesto que habría de considerarse como de tramitación del expediente, y computarse entonces a efectos de caducidad, el período transcurrido desde la incoación del expediente sancionador S/0485/14 CONCESIONARIOS NISSAN el 29 de agosto de 2013, hasta que le fue notificada la resolución sancionadora de 28 de julio de 2016 en el expediente SAMAD/09/2014.

Sin embargo, al tratarse de dos procedimientos distintos por haberse archivado el primero, el tiempo a computar para determinar la eventual caducidad habría de comenzar a correr el 19 de enero de 2015, fecha en que la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid acordó la incoación del expediente sancionador SAMAD09/2014 *Concesionarios NISSAN*.

De forma que, cuando se notificó a la entidad la resolución de 28 de julio de 2016, no habían transcurrido los dieciocho meses establecidos como plazo máximo de duración del procedimiento, ni se había consumado por ello su caducidad.

CUARTO. - Afirma, además, la empresa demandante que la resolución recurrida es nula por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia puesto que las pruebas recabadas en la inspección de ANT fueron obtenidas de un modo ilícito al carecer la CNMC de "... *cualquier indicio de infracción por parte de los concesionarios de la marca NISSAN*". Y afirma que *"la Dirección de Competencia consiguió la autorización mediante la apariencia de que investigaba el mercado español de distribución de automóviles, haciendo creer al Juez que éste era el mercado investigado en el expediente S/0471/13 y ocultándole que el mismo se refería exclusivamente a una marca de automóviles distinta de NISSAN"*.

A su juicio, la Comisión habría vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución toda vez 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 jurídica, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Varias consideraciones obligan a rechazar también esta pretendida causa de nulidad, como ha tenido ocasión de manifestar la Sala en anteriores pronunciamientos en que se ha hecho idéntica alegación.

En primer lugar, no puede dejar de significarse que se denuncia la violación del artículo 18 de la Constitución, cuando es lo cierto que la empresa reclamante no sería en ningún caso la titular de ese derecho, titularidad



que correspondería solo a la empresa inspeccionada, es decir, ANT, en cuya sede se localizó la documentación incriminatoria.

Por otra parte, 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.

Y consta que la orden de investigación que habilitaba la entrada hacía saber a ANT 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 NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye GAMBOA AUTOMOCIÓN.

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 GAMBOA 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.

Por último, es cierto, como destaca la demanda, que en la orden de inspección de 28 de mayo de 2013 la CNMC autorizó a seis funcionarios (D. Gustavo , D^a Mariola , D^a Marta , D. Ildefonso D. Isaac y D. Jenaro) a realizar la inspección en la sede de ANT.

Sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Isaac en la relación de inspectores autorizados. Se trata claramente de un mero error pues, en otro caso, el auto tendría que haber razonado por qué le excluía, y es lo cierto que nada se dice al respecto. Por lo tanto, no cabe sino concluir que el auto avala la orden de investigación que incluía a los inspectores, perfectamente identificados, que iban a llevarla a cabo.

La intervención del Sr. Isaac no arrastra la nulidad de la inspección si se tiene en cuenta que, como resulta del acta correspondiente, ANT no opuso reparo alguno a su actuación, que consistió en recabar información del ordenador de D^a María Luisa , responsable de Administración, y de D. Miguel , responsable de calidad de ECI, así como a descargar los archivos digitales contenidos en el *smartphone* de D. Pablo .

A partir de ahí, corresponde a la demandante identificar qué elementos de prueba fueron obtenidos por un inspector no autorizado para ello con el fin de valorar la incidencia que esa prueba pudo tener en el conjunto del material intervenido. Y al no hacerlo así, no puede pretender que su intervención tenga alguna relevancia sobre la validez de lo actuado.

QUINTO.- Se denuncia en la demanda que la prueba obrante en el expediente es insuficiente para deducir de ella la responsabilidad que se imputa a GAMBOA, que estaría fundada en meras sospechas o conjeturas, sin que

la CNMC hubiera examinado, dice la recurrente, "... el contexto económico-jurídico de las empresas imputadas, los costes, márgenes de beneficio en relación con la facturación, la formación de precios, etcétera, por lo que cualquier conclusión económica a la que llegara por medio de meros indicios y sin llevar a cabo un examen pormenorizado de los efectos, queda automáticamente invalidada".

Niega que se haya producido el intercambio de información que le imputa la resolución sancionadora, incide en la falta de prueba suficiente sobre este extremo y razona que la CNMC estaba en la obligación de acreditar una supresión o, al menos, debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, siendo así que el mercado no ha sido analizado con una mínima exactitud.

Además, pone de relieve que las conductas sancionadas no han producido efectos en el mercado con las consecuencias que la jurisprudencia europea que cita atribuye a esta circunstancia.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de GAMBOA AUTOMOCIÓN que aparece reflejada en el pasaje de la resolución que se dedica a los hechos probados, y al que nos hemos referido en el fundamento anterior.

Pues bien, la lectura de este apartado pone de manifiesto la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de ANT SERVICIALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución cuando describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos finalmente sancionados.

En realidad, la finalidad perseguida con la contratación de ANT era la monitorización o seguimiento del 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 de este modo 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, y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Para llegar a esas conclusiones es particularmente ilustrativo el contenido del documento denominado "Mystery Shopping Estudios Políticas Comerciales", recabado en la inspección de ANT, folios 1471-1472, en el que se describe lo que denomina "PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN" en estos términos:

" EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO".

Se refiere el estudio propuesto a la metodología a seguir, con visitas a los concesionarios de los evaluadores o "clientes indiscretos" para ponderar a continuación los beneficios adicionales del estudio y las mejoras que había de comportar, insistiendo especialmente en la confidencialidad al señalar, literalmente, que "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".

Es también revelador de la naturaleza de los servicios prestados por ANT el documento denominado "El Cliente Indiscreto" -folios 195-196) en el que, con toda claridad, se manifiesta el verdadero propósito:

"(...) 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.

"A tener en cuenta:

(...)

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 (...)".

Alusiones tan explícitas a la "peligrosidad de este tipo de trabajo" y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - "hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas", evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT y la participación, necesariamente consciente, en los acuerdos colusorios de quienes pagaban sus servicios, atribuyendo así al abono de las facturas una energía probatoria indudable.

Como relata la resolución y consta acreditado documentalmente, ANT enviaba con periodicidad mensual a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, al que adjuntaba el estudio titulado "tabla de resultados", con el resumen del resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas.

En el caso de GAMBOA, obra a los folios 1100-1101 correo electrónico que le remitió ANT y en el que adjuntaba información relativa a todos los concesionarios partícipes. En el mismo se indicaba, literalmente, que "Le adjunto a este E-Mail los estudios de mercado realizados en febrero de 2010, para que disponga de ellos en la reunión del próximo lunes...".

Puede citarse asimismo, por resultar especialmente gráfico, el contenido del correo electrónico que GAMBOA envió a ANT el 15 de marzo de 2010, y que consta a los folios 222-223 del expediente:

«[...] Después de la reunión de esta tarde, he hecho averiguaciones con respecto a la incidencia de la 2a visita [...] Te ruego que revises la documentación, ya que el informe dice literalmente "Me ofrece el Aire Acondicionado y un detector de radares"... y continúa "Me escribe su nueva oferta a mano en el mismo presupuesto de la otra vez". Esta es la parte que el Mystery Shopper dice que nuestro comercial le escribe a mano [...] Fíjate por favor con detalle en la caligrafía; no es la misma la que corresponde a la financiación (Texto 1) que la que corresponde a los supuestos regalos (Texto 2). [...] Podríamos seguir buscando diferencias, pero creo que con estas muestras se puede concluir que los dos textos no corresponden al mismo autor. Ahora te corresponde a ti juzgar si la información que recibes de este Mystery Shopper resulta veraz, o por el contrario no se corresponde con la realidad. Aunque en nuestra reunión se acordó no poner en tela de juicio los informes del Cliente Indiscreto, en mi opinión resulta evidente que en este caso han existido irregularidades de gran importancia.

Por cierto, la pista me la dio el hecho de que nuestro comercial regalase un "buscador de radares", ya que se trata de una persona de 62 años, que no ha visto uno en su vida, ni sabría utilizarlo, ni instalarlo, ni el coste que pudiera tener (nosotros no los vendemos).

Solo me queda pedirte una aclaración a este entuerto lo antes posible, porque no puedo aceptar el informe como válido. Además de las posibles consecuencias que puede acarrear el mismo, tanto para el vendedor como para Gamboa Automoción".

Co rreo que mereció la contestación por parte de ANT que refleja el folio 225.

Refiere la resolución que el 13 de mayo de 2010 ANT dirigió conjuntamente a AUTOMOCION DIAZ, GAMBOA, A6 IBERAUTO, NASUR, REICOMSA, NISSAN MADRID y SANTOGAL, la tabla definitiva de resumen de las llamadas "incidencias" y en el de nuevo figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados, y así se constata a los folios 1119 a 1121.

Hay igualmente constancia documental de las reuniones periódicas como resulta del correo electrónico remitido por HORWATH a ANT el 9 de abril de 2010 donde se concreta la fecha de la próxima reunión que había tener lugar el 12 de abril de 2010 a las 18,30 "donde siempre" (folio 1117).

Las referencias a la intervención de GAMBOA en el relato de hechos probados son frecuentes, y todas ellas tienen el soporte de los folios del expediente donde constan los correspondientes correos o documentos en los que es posible advenir su contenido. Así, señala que "La labor de ANT como posibilitadora del intercambio de información comercial sensible de las distintas empresas partícipes se pone de manifiesto asimismo en correo electrónico de 11 de junio de 2012 en el que esta consultora remite en adjunto a GAMBOA información relativa a otros concesionarios partícipes en el cartel, REICOMSA, IBERAUTO, NASUR, SANTOGAL y la propia GAMBOA, respecto de unos modelos concretos de vehículos NISSAN, con detalle de precios. La conducta infractora continúa durante el año 2013, como evidencian 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" (correos electrónicos de ANT a GAMBOA de 11 de junio de 2012, folios 1196 y siguientes; y de 18 de febrero de 2012, folios 1271, 1276 y 1283 y siguientes).

Es particularmente ilustrativo el informe relativo a la visita realizada a GAMBOA el 16 de enero de 2013 (folio 1276), y en la que la conducta del vendedor del concesionario objeto de evaluación aparece recogida en el informe en estos términos: " Me dice que es imposible que me hayan ofrecido una oferta mejor, al pedirme el presupuesto y no entregárselo, comenta la posibilidad de que no hayan ofertado exactamente el mismo coche y me recomienda que me fije muy bien en la referencia del vehículo porque está mal. Insiste en que es imposible que sea el mismo modelo, ya que la política comercial de la marca es muy estricta y todos se basan en las mismas condiciones. Al insistirle para que me iguale la oferta o la disminuya para poder comprárselo a él, se muestra firme en su decisión sin poder modificar la oferta ofrecida y me insiste en que no puede hacer nada con respecto al precio [...]»



Y merece destacarse el documento de 29 de marzo de 2013 (folio 384) que contiene un listado de precios desglosado por cliente y en el que aparece, entre otros concesionarios incoados, GAMBOA, con las tarifas a aplicar por la realización de los estudios de mercado.

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de GAMBOA AUTOMOCIÓN en el cártel constituidas, por un lado, por las que acreditan su intervención en el mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", y, además, por 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".*

SEXTO.- Aduce la entidad actora que no se ha acreditado la causación de efectos en el mercado, con las consecuencias exculpatorias que anuda a esa circunstancia.

No obstante, es doctrina reiterada del TJUE la de 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 cuando afirma que *"... 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.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida 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".

Pero es que consideramos también que, aunque las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, las pruebas obrantes en el expediente administrativo evidencian, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios NISSAN -con la consiguiente incidencia en el precio final pagado por el consumidor-, habiendo conseguido disminuir la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de la 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.

Por lo demás, el supuesto carácter vertical de los acuerdos, o la nula capacidad del concesionario para pactar con sus competidores precios o condiciones comerciales por venir impuestos por las marcas, como elementos determinantes de su falta de responsabilidad, no tienen esa consecuencia.

Como hemos visto al referirnos a la configuración del precio en el mercado de distribución minorista de automóviles nuevos que refleja la CNMC en su resolución, es indudable que el concesionario tiene un margen de actuación en cuanto a los descuentos a ofertar, y es precisamente en la disminución de la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a las ofertas que podían formular sus competidoras respecto de determinados modelos de vehículos de la marca donde se ha manifestado la conducta infractora al detectarse una homogeneidad de los descuentos.

SÉPTIMO.- Cuestiona también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción se ajuste a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de las multas, denunciando por ello la falta de motivación suficiente de la sanción y su desproporción.

Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros 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. Considerando 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 de 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 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 21,9%).

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 (48.194.152 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (2,20%, para GAMBOA AUTOMOCIÓN) y la multa (1.060.271 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

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.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que 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 turismo 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 2,20%.

Sin que la falta de mención al beneficio ilícito que denuncia la demandante 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.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones recogidas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."*

En consecuencia, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

OCTAVO .- Por último, y en cuanto a la aplicación de la denominada regla *de minimis* prevista en el artículo 5 de la LDC que reclama GAMBOA, entendemos que no es procedente en este caso.

Conforme a dicho artículo, *"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.*

Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado".

Hemos tenido ocasión de reiterar en diversas sentencias que esta previsión no resulta aplicable a los casos que contempla el artículo 2 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y en el que se relacionan las conductas excluidas del concepto de menor importancia.

Dispone dicho artículo que *" 1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:*

- a) *La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) *la limitación de la producción o las ventas;*



c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

Precepto coherente, por lo demás, con las previsiones de la comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *miinimis* 2014/291/01).

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".

No hay duda de que la actividad del cártel se ha encaminado, entro otros objetivos, a establecer unos precios uniformes de venta lo que ha quedado, como decimos, suficientemente acreditado, por lo que juega la excepción a la regla del artículo 2.1.a) del Reglamento de Defensa de la Competencia e impide que la conducta pueda ser calificada como de menor importancia.

NOVENO.- Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, 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. Rafael Gamarra Mejías en nombre y representación de **GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se le impuso una sanción de 1.060.271 euros de multa, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.