Roj: **SAN 2453/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2453**

Id Cendoj: **28079230062020100220**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **31/07/2020**
Nº de Recurso: **472/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000472 /2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **05650/2016**

Demandante: **NISSAN IBERIA S.A.**

Procurador: **DON GONZALO RUIZ DE VELASCO MARTINEZ DE ERCILLA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Codemandado: **COMUNIDAD DE MADRID**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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 treinta y uno de julio de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **472/2016**, el recurso contencioso- administrativo formulado por **NISSAN IBERIA S.A**. representada por el Procurador don Gonzalo Ruiz de Velasco, contra la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso una sanción por importe de 1.939.964 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[i]. Anule en su integridad la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 28 de julio de 2016 (Expte. NUM002 CONCESIONARIOS NISSAN); o ii. Subsidiariamente, anule parcialmente la citada Resolución, reduciendo el importe de la sanción de multa de 1.939.964 euros que le ha sido impuesta a NISSAN IBERIA, S.A. de conformidad con los razonamientos expuestos en el FJº. VII de esta demanda [...]».

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Tras el trámite de conclusiones, instado directamente en la demanda, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2020.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso a la actora una sanción por importe de 1.939.964 euros.

La parte dispositiva de este acuerdo y en lo que se refiere a NISSAN IBERIA S.A. (en adelante NIBSA) establecía:

«[P]RIMERO.- 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:

(...)

3. NISSAN IBERIA, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos diciembre de 2009 a mayo de 2013.

(...)

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

(...)

7. NISSAN IBERIA, S.A.: 1.939.964 euros.

(...)

CUARTO.- Declarar prescrita la conducta respecto de AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., y proceder al correspondiente archivo de las actuaciones.

QUINTO.- Acordar la confidencialidad de la información aportada por las empresas en los términos señalado en el Fundamento de Derecho 5.8.

SEXTO.- Instar a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Viceconsejería de Economía e Innovación de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución [...]».

SEGUNDO.- Como antecedentes relevantes a los efectos de la resolución del presente litigio podemos destacar 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 SERVICALIDAD, 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 NUM000

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CONCESIONARIOS NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPANÞA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIOìN, S.A., AUTOMOCIOìN DI AZ, 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 NUM001 ; 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 Viceconsejerìa de Innovacioìn, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid acordó la incoacioìn del expediente sancionador NUM002 Concesionarios NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICALIDAD, S.L, HORWATH AUDITORES ESPANÞA, S.L.P, NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMOìVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIOìN, S.A., AUTOMOCIOìN DIìAZ, 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 con 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.

TERCERO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, lleva a cabo una descripción de cada una de las entidades que participaron en el cártel, identificando domicilio y objeto social, así como una sucinta descripción de su actividad.

Pasa a delimitar el mercado afectado, pero ante la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cual 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 este 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 este 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 concesionaros 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 periodo 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 SERVICALIDAD, 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 «[m]anifiesta 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 SERVICALIDAD, 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:

«[S]egún 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 [...]».

Además, la prueba 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 estos.

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, NIBSA, y al correo 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 del 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 en 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 en 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 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. SERVICALIDAD, 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 cártel 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.

CUARTO.- La actora sintetiza su extenso escrito de demanda indicando los puntos de controversia y en los que sustentará la impugnación. Los divide en dos apartados, en el primero incide en cuestiones formales todas ellas que le generaron indefensión, y el segundo en alegaciones de fondo. Comienza las cuestiones formales (i) con el desconocimiento del origen del procedimiento y del contenido de la solicitud de clemencia de SEAT que ha causado indefensión a NIBSA; su primera información fue con la publicación de la Resolución de 28 de mayo de 2015 dictada por la CNMC en el expediente Concesionarios SEAT. Entonces supo de la solicitud de clemencia de SEAT al que no ha tenido acceso pese a ser la causa última que ha llevado a la CNMC a dictar la

Resolución recurrida. Esta solicitud de clemencia debió aportarse al expediente sancionador. (ii) La inspección domiciliaria en la sede de ANT fue contraria a derecho, toda vez que la orden de inspección fue genérica y ambigua en cuanto al objeto de la inspección, lo que afectó a la validez de los indicios con los que se justificó su realización y que permitieron la recopilación de documentación relativa a la marca NIBSA. Estas irregularidades no impiden la imposición de la sanción en virtud del principio de presunción de inocencia. (iii) Sostiene la improcedencia de la forma de traslado del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de la Comunidad de Madrid; cuestiona tanto el plazo transcurrido entre la incoación del expediente NUM001 y su archivo, la remisión a SDC de la Comunidad de Madrid, que fue excesivamente extenso y la fórmula de traslado completamente improcedente. (iv) La ausencia de una propuesta de sanción en la propuesta de resolución ha determinado la vulneración del derecho de defensa de la actora.

En cuanto a los motivos de fondo, (i) afirma que es incorrecta la calificación de las conductas sancionadas como constitutivas de una infracción del cártel, conforme a la disposición adicional 4ª.2 de la LDC. La función de coordinadora que le atribuye no encaja en la infracción de cártel; niega esta condición y el hecho de que se adoptaron ni implementaron acuerdos de fijación de precios u otras condiciones comerciales, tal y como exige la LDC para calificar esta conducta como cártel; la finalidad de las visitas del denominado "Cliente Indiscreto" era controlar la aplicación de las buenas prácticas y las políticas comerciales, y no aportaban información apta para la fijación o acuerdo de precios, puesto que la información intercambiada no era suficientemente representativa, es más, se trataba de información pública. NIBSA no tendría incentivos para colaborar en un supuesto acuerdo de fijación de precios entre sus concesionarios ni obtenía beneficio económico. (ii) Tampoco las conductas a las que se refiere la resolución impugnada pueden considerarse como una infracción por objeto ni han tenido ningún efecto negativo en el mercado. No hay constancia de los efectos que ha producido la conducta imputada. Los descuentos efectivamente aplicados no corresponden con los que habrían resultado del acuerdo que se reprocha, la cuota de mercado de Nissan en la Comunidad de Madrid creció de manera sostenida durante el periodo considerado por la Resolución impugnada y el margen bruto de los concesionarios de la red de Nissan en Madrid no se vio incrementado.

En cuanto a la sanción, afirma que es arbitraria y desproporcionada. No comprende como dice la resolución que se impone a NIBSA un tipo sancionador del 2% respecto de su volumen total de negocios en 2015 que se ve reducido en el llamado tipo sancionador final al 0,5%, algo totalmente arbitrario y sin que se tuvieran en cuenta factores que deberían haber atenuado la sanción como limitada dimensión del mercado afectado por la infracción, y no se ha tenido en cuenta la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas ex artículo 64.3.b de la LDC, tampoco la inexistencia de efectos en el mercado y para los consumidores ni la crisis en el sector, su participación residual, ni la especial y necesaria relación comercial que debe existir entre Nissan y sus concesionarios.

A todo ello se opuso el abogado del Estado por razones sustancialmente idénticas a los fundamentos de la resolución impugnada.

QUINTO.- Descrito el contexto en que tuvo lugar la actividad sancionadora y su alcance, comenzaremos por examinar los diferentes motivos invocados en el escrito de demanda, comenzando por los denominados formales.

Empieza por alegar que NIBSA no tuvo acceso a ningún documento que evidenciara el origen real del procedimiento sancionador que, en realidad, trajo causa de la solicitud de clemencia de SEAT, en un procedimiento ajeno a Nissan. Este desconocimiento del verdadero origen del procedimiento y la falta de incorporación de esta solicitud de clemencia generó una indudable indefensión a mi representada que no pudo, ni ha podido, alegar nada al respecto de la documentación proporcionada por SEAT junto con su solicitud.

La queja que subyace en este motivo va más por cuestionar el alcance del nivel de prueba aportada por SEAT en su solicitud de clemencia, que por el problema de la supuesta indefensión. SEAT era una solicitante de exención, por lo que el nivel de prueba exigible para obtener una exención condicional era la de aportar información y elementos de prueba que permitiese a la autoridad de competencia ordenar una inspección, y que el acuerdo de exención condicional se adoptó precisamente con carácter previo a las inspecciones realizadas. La exención condicional se concedió a SEAT por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la autoridad de competencia, le permitía ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito o con cualquier otro que estuviera relacionado en su solicitud de exención y del que, hasta ese momento, la autoridad española de competencia no tenía conocimiento previo.

Esta documentación vinculada a la exención o reducción de la sanción tenía carácter reservado, como se desarrolla en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE de 27 de febrero). En su artículo 51.2, se contempla la posibilidad que de «[l]os interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean

necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos. [...]», proscribiendo en su apartado 3 la obtención de «[c]opias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud [...]».

Esta interpretación del artículo 51 no resulta contraria a la razón de ser de la confidencialidad, cuando el objeto de la información aportada esté encaminada a la colaboración que el clemente debe mostrar durante todo el procedimiento con la Administración de competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 65.2.a) de la LDC y 52 del Reglamento.

No podemos olvidar que la SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas». Precisa todavía más la STJU de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, cuando afirma que «[t]eniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, (...), la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]».

Advertíamos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2019, recurso 286/2015, sin apartarnos de la STS de 31 de octubre de 2017, recurso 1062/2017, y ciñéndonos al contenido de la Orden que nos ocupa, que constamos es suficientemente explícito en las razones y el objeto en que se centra la investigación, a pesar de que parte de la información a la que ha podido acceder tenga el carácter de reservada y no pueda ser totalmente explicitada. Además, hace concreta referencia a la razón de su conocimiento, que ha tenido lugar a raíz de otro expediente tramitado ante la Comisión, concretamente el NUM003 .

Por otro lado, la demanda tampoco hace la más mínima referencia al contenido de la información recabada en la sede de la actora, y la relevancia que esta tuvo en el devenir del expediente sancionador. No podemos perder de vista que el grueso de la carga probatoria no reside en la información obtenida en la sede de la actora, sino en la facilitada por terceros implicados en el intercambio.

Los hechos en los que se sustenta la propuesta y la posterior resolución sancionadora son conocidos y han sido expresados y razonados sin ninguna cortapisa ni reserva. Fueron el resultado de la comprobación que la Dirección de Competencia hizo durante toda la instrucción, de la que es plenamente conocedora la actora. La realidad es que la sanción no se sustenta en la información del clemente, sino en la que pudo recabar la Administración en el proceso de investigación en el que ha sido parte y ha conocido la actora.

Concluimos que la supuesta indefensión a la que hace referencia no se materializa en nada concreto, más allá de una genérica invocación de su derecho a la defensa. O dicho de otro modo, no identifica ningún extremo o dato en el que se sustente la resolución sancionadora ajeno al contenido conocido del procedimiento de instrucción.

SEXTO.- En la otra queja de carácter formal, cuestiona la inspección domiciliaria llevada a cabo en la sede de ANT, que considera contraria a Derecho por lo genérico de la Orden de Investigación, y por su carácter desproporcionado. Esta infracción determina la ilicitud del material probatorio en el que se funda la resolución recurrida.

Vaya por delante que la intervención de un Jugado autorizando la entrada nos es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre este extremo, como ha dicho la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011 y podamos «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.».

Hay que destacar 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.

Hecha esta precisión son varias las consideraciones que nos obligan a rechazar esta causa de nulidad, reiterando lo ya dicho por esta Sala en anteriores ocasiones sobre argumentos idénticos.

En primer lugar, 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.

En segundo lugar, consta que la orden de investigación que habilitaba la entrada hacía saber a ANT que «[L]a 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 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 NIBSA.

La STS de 12 de marzo de 2019, recurso 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión cuando dice que «[S]obre 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 NIBSA 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 justificado como esta en que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

Como ya hemos dicho en la resolución de otros recursos, la orden de inspección de 28 de mayo de 2013 la CNMC, autorizó a seis funcionarios (D. Blas , Dª Zaida , Dª Marí Jose , D. Casimiro D. Ceferino y D. Cesareo) a realizar la inspección en la sede de ANT.

Sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Ceferino 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. Ceferino 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 Dª Adriana , responsable de Administración, y de D. Edemiro , responsable de calidad de ECI, así como a descargar los archivos digitales contenidos en el smartphone de D. Emiliano .

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.

SÉPTIMO.- La siguiente crítica se centra en la improcedencia de la forma de traslado del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de la Comunidad de Madrid; cuestiona tanto el plazo transcurrido entre la incoación del expediente NUM001 y su archivo y la remisión a SDC de la Comunidad de Madrid, que fue excesivamente extenso y la fórmula de traslado completamente improcedente.

Como hemos dicho con ocasión de la resolución del recurso 419/2016, no obstante, las dudas que pueda plantear la actuación de la CNMC al disponer en este caso del archivo del expediente sancionador NUM001 ,

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 «[e]l archivo del expediente NUM001 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 «[C]omuníquese 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, la actora interpuso 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, la desestimación del otro motivo que se vincula a la ilegalidad del archivo, cual es la caducidad del expediente ex artículos 36.1 y 38.1 de la LDC, 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 NUM000 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 NUM002 .

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 NUM002 Concesionarios NISSAN.

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

OCTAVO.- La última cuestión de las denominadas formales se refiere a la ausencia de una propuesta de sanción en la propuesta de resolución que ha determinado la vulneración del derecho de defensa de la actora.

Dice el artículo 50.4 de la LDC que «[P]racticados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes. [...]». En contra de lo afirmado por la actora en el apartado cuarto de la propuesta, se identifica la sanción que se debería imponer, al amparo del artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves «[c]on multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC. [...]». Lo que la propuesta no hace es llevar a cabo una concreta graduación para cada uno de los sancionados, extremo que en ese momento no se podía llevar a cabo y que hizo la Comisión en la resolución sancionadora.

Una vez más destacamos los términos genéricos en los que se formula esta alegación, sin concretar o materializar con qué alcance esta falta expresa de graduación ha mermado el derecho a la defensa de la actora.

NOVENO.- Descartadas todas las cuestiones formales, la primera de las invocadas con la demanda que ataca el fondo de la sanción es la que niega que estemos ante una infracción de cártel, conforme a la disposición adicional 4ª.2 de la LDC. La función de coordinadora que le atribuye no encaja en la infracción de cártel; niega esta condición y el hecho de que se adoptaran ni implementaron acuerdos de fijación de precios u otras condiciones comerciales, tal y como exige la LDC para calificar esta conducta como cártel; la finalidad de las visitas del denominado «Cliente Indiscreto» era controlar la aplicación de las buenas prácticas y las políticas comerciales, y no aportaban información apta para la fijación o acuerdo de precios, puesto que la información intercambiada no era suficientemente representativa, es más, se trataba de información pública. NIBSA no tendría incentivos para colaborar en un supuesto acuerdo de fijación de precios entre sus concesionarios ni obtenía beneficio económico.

Como tuvimos ocasión de decir en nuestra sentencia de 27 de diciembre de 2019, recurso 682/2015, esa disposición adicional en su punto 2, en la redacción vigente en la fecha aplicable a este expediente sancionador establecía que «[A] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. [...]». Este precepto fue modificado por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE de 27 de mayo) y con entrada en vigor en el momento de su publicación.

Lo que se está sancionando por la CNMC es el intercambio de información entre competidores proscrito en el 1.1 de la LDC que prohíbe «[t]odo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]»; reproducción del artículo 101.1 del TFUE donde se establece que «[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...].». El que el medio utilizado para cometer la infracción haya sido la formación o a través del cártel formado por las empresas sancionadas, ni aporta ni quita nada a la tipificación de la infracción cometida ni a la sanción impuesta. De hecho, el artículo 62 de la LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención de su artículo 1.

La previsión de la disposición adicional tiene un carácter descriptivo de lo que puede ser considerado como cártel, pero no excluye que a través de una formación de estas características sea cometida una infracción como la sancionada. De hecho, puede y suele constituir un vehículo idóneo para que esta infracción sea cometida.

En esta línea podemos recordar lo dicho en la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, (DOUE de 14 de enero de 2011). En ella se recogen determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles. Así en su apartado 59 se puntualiza que «[l]a comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cártel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cártel. [...]». Por lo tanto, en los intercambios de información horizontales entre competidores puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando la colusión.

Esta línea hermenéutica pone de manifiesto que no existe problema alguno de tipicidad en los términos expresados por la actora por el hecho de que, estando implicadas las entidades sancionadas en un cártel, hayan sido sancionadas por intercambio de información a pesar de que en la descripción de la disposición adicional cuarta no estuviera expresamente recogida esta conducta en la descripción de las diferentes prácticas colusorias que induzcan a pensar que estemos ante un cártel.

El carácter descriptivo de la disposición adicional cuarta se corrobora tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, con un elenco que no hace más que fijar con un mayor rigor los términos de la norma española al marco de la Directiva Comunitaria.

De hecho, una interpretación como la propuesta por la actora resultaría irreconciliable con el Derecho de la Unión, en el propio artículo 101.1 del TFUE, en el que la definición de las prácticas colusorias incluye todo acuerdo «[e]ntre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular [...]. La referencia a «en particular» y la descripción de algunas conductas significa que las recogidas por el texto tienen un mero carácter descriptivo, puesto que lo determinante para que exista una práctica anticompetitiva es, que bien por objeto o por efecto, se impida, restrinja o falsee la competencia en el mercado.

En cuanto a la labor del llamado cliente indiscreto, en contra de lo afirmado por la demanda, no era solo controlar la aplicación de las buenas prácticas y las políticas comerciales, sino aportar información apta para la fijación o acuerdo de precios, información que no era suficientemente representativa.

Como revela el acuerdo sancionador, el estudio propuesto a la metodología a seguir, con visitas a los concesionarios de los evaluadores o clientes indiscretos, tenía como objeto ponderar los beneficios adicionales del estudio y las mejoras que había de comportar, insistiendo especialmente en la confidencialidad al señalar, literalmente, que «[e]ste 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 [...]». Resulta 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: «[P]resentaremos 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 la forma de camuflar los datos obtenidos, 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. Información recabada que resultaba incompatible con el carácter público que se le quiere atribuir en el escrito de demanda.

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 el número de visitas.

DÉCIMO.- También afirma que las conductas a las que se refiere la resolución impugnada no pueden considerarse como una infracción por objeto ni han tenido ningún efecto negativo en el mercado. No hay constancia de los efectos que ha producido la conducta imputada. Los descuentos efectivamente aplicados no corresponden con los que habrían resultado del acuerdo que se reprocha, y la cuota de mercado de Nissan en la Comunidad de Madrid creció de manera sostenida durante el periodo considerado por la Resolución impugnada y el margen bruto de los concesionarios de la red de Nissan en Madrid no se vio incrementado.

Lo primero que debemos destacar, y no ha sido desvirtuado, es que una racional valoración de las pruebas recabadas por la Administración, no cuestionadas más allá de los aspectos formales que ya hemos rechazado, nos llevan a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas, consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter preconcebido y organizado, característico de los cárteles, resulta patente como consecuencia de la intervención de consultoras que organizaban las reuniones y canalizaban y ponían en común la información suministrada por las participantes, al tiempo que aseguraban su secreto y la confidencialidad.

En estos casos, no basta con denunciar que la CNMC ha incumplido con la carga de probar los efectos restrictivos de la competencia de los intercambios de información. Como ha dicho la STS 1 de enero de 2019, recurso 4323/2017, «[u]na vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto, no se precisa determinar los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado ya que, por su propia naturaleza, son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Así se desprende también de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por el Tribunal Supremo (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.».

Por ello, hemos dicho que carece de transcendencia la actividad probatoria encaminada a acreditar que los intercambios no produjeron efectos anticompetitivos en el mercado, sin perjuicio de las consecuencias mitigadoras que dichas circunstancias pudieran tener por lo que a la graduación de la sanción respecta.

Insiste la actora en la ausencia de producción de efectos en el mercado de los intercambios de información que se le atribuyen, justifica que se aborde la posibilidad de que, en el caso examinado, pudieran concurrir las condiciones de aplicación de la exención del artículo 1.3 de la LDC de 2007 y del artículo 101.3 TFUE.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, «[l]a prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. [...]».

La redacción del precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea. De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la viabilidad de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y

d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones que son, insistimos, acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción.

Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Asimismo, el nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias han de ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a estos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Hechas estas consideraciones, podemos afirmar que de la prueba propuesta (documental pública y privada) de conformidad con el auto de 5 de septiembre de 2017, no ha quedado acreditada la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC por las razones que pasamos a exponer.

DÉCIMOPRIMERO.- Por último, resta por examinar la sanción impuesta. Dice la demanda que es arbitraria y desproporcionada. No comprende como dice la resolución que se impone a NIBSA un tipo sancionador del 2% respecto de su volumen total de negocios en 2015 que se ve reducido en el llamado tipo sancionador final al 0,5%, algo totalmente arbitrario y sin que se tuvieran en cuenta factores de que deberían haber atenuado la sanción como limitada dimensión del mercado afectado por la infracción, y no se ha tenido en cuenta la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas ex artículo 64.3.b de la LDC, tampoco la inexistencia de efectos en el mercado y para los consumidores, ni la crisis en el sector, su participación residual, ni la especial y necesaria relación comercial que debe existir entre Nissan y sus concesionarios.

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 la STS de 29 de enero de 2015, recurso 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 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). Considera 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 «[e]l 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 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 «[e]n este sector los operadores actúan con márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales [...]», y que dicho factor «[p] uede 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 «[l]os 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 HORWATH) que fueron contratadas para que organizaran los pactos y evaluaran 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, «[e]n 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. No obstante, en el caso de ANT SERVICALIDAD, HORWATH y NIBSA, son casos particulares, y no se incluye volumen de negocio de estas empresas en el mercado afectado dada su condición de facilitadores (en los dos primeros casos) y de coordinadora (en el tercer caso) sin actuación directa en el mercado de venta de vehículos a particulares. Por tanto, no corresponde tener en cuenta su volumen de negocio en el mercado afectado para calcular la participación de las demás empresas en la infracción.

Tiene en cuenta para la graduación, que las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de un sistema sofisticado, coordinado por la propia NIBSA, en el que se contrató a dos empresas (ANT y HORWATH) para que organizaran los pactos y evaluaran el nivel de cumplimiento de los acuerdos, y se establecieron mecanismos de sanción para aquellas empresas que se desviasen de los mismos.

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 que fue 387.992.778 euros, el tipo sancionador del 0,5%, y la multa de 1.939.964 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 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 0,5%.

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 la STS de 25 de julio de 2006, recurso 466/2003, se afirma que «[L]a 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.

DÉCIMOSEGUNDO.- Si n que tengamos nada más que añadir, el recurso debe ser íntegramente desestimado, con expresa condena en costas a la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **NISSAN IBERIA S.A.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso una sanción por importe de 1.939.964 euros, con expresa condena en costas a la 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 **no**tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ