



Roj: **SAN 2444/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2444**

Id Cendoj: **28079230062020100212**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/09/2020**

Nº de Recurso: **481/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000481 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05706/2016

Demandante: A6 IBERAUTO, S.L.

Procurador: DÑA. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD DE MADRID, NISSAN IBERIA S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **481/2016** promovido por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la mercantil " **A6 IBERAUTO, S.L.**" (que absorbe mediante fusión la mercantil NASUR MOTOR, S.L. a través de escritura pública otorgada en Madrid en fecha 8 de octubre de 2015 ante el Notario Dña. Milagros Anastasia Casero Nuño), contra la resolución de 28 de julio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 812 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han intervenido la Comunidad de Madrid



representada y defendida por sus Servicios Jurídicos, así como la mercantil NISSAN IBERIA S.A. representada por el Procurador D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"(i) Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de julio de 2016 (Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN).

"(ii) Subsidiariamente, anule el pronunciamiento segundo en la medida en que en el mismo se establece la responsabilidad de Iberauto en el supuesto cártel sancionado en dicha Resolución".

SEGUNDO.- Tanto el Abogado del Estado como las partes codemandadas contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Posteriormente se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 24 de junio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la mercantil "A6 IBERAUTO, S.L." (que absorbe mediante fusión a la mercantil NASUR MOTOR, S.L. a través de escritura pública otorgada en Madrid en fecha 8 de octubre de 2015 ante el Notario Dña. Milagros Anastasia Casero Nuño) ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución de 28 de julio de 2016 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador SAMAD/09/2014, CONCESIONARIOS NISSAN, cuya parte dispositiva acuerda:

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

SE GUNDO. Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

7. NASUR MOTOR, S.L. y solidariamente M. CONDE, S.A. por su participación en el cártel de concesionarios de la marca Nissan desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

TE RCERO . Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)

6. NASUR MOTOR, S.L. y solidariamente a M. CONDE, S.A.: 812 euros".

La resolución sancionadora impugnada ha entendido que *"existen evidencias suficientes, procedentes de fuentes diversas, fundamentalmente las inspecciones realizadas en la sede de ANT y M.CONDE, así como la información derivada de los requerimientos de información realizados, que acreditan de modo contundente la existencia de tal infracción de cártel, instrumentalizado mediante los mecanismos reseñados supra en el epígrafe IV, destinado a hechos probados, así como la participación en la conducta descrita de las empresas incoadas(...). Los concesionarios, en el ejercicio de su libertad de empresa, fijan los precios finales de venta al consumidor limitándose los fabricantes a comunicar el precio de venta recomendado, por lo que cualquier acuerdo entre concesionarios sobre la fijación de uno de los elementos del precio final de venta al público del vehículo como son los descuentos máximos, tasación o regalos ofrecidos, supone una infracción del artículo 1 de la LDC , ya que se persigue coordinar una estrategia competitiva en materia de precios con el fin último de preservar su margen comercial y reducir la debida tensión competitiva entre concesionarios independientes".*

Por otra parte, la CNMC sostiene que : *"En este caso, el precio final se ha determinado por los concesionarios de la marca NISSAN participantes en el cártel 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 si 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".

Y continua la resolución impugnada diciendo : *"Los acuerdos para fijar las condiciones comerciales, en este caso, los descuentos máximos a aplicar y otros incentivos de captación de clientes por los concesionarios, resultan evidentes de la información que obra en el expediente, siendo particularmente valiosa la documentación recabada en la empresa ANT. Así el servicio contratado y prestado por la empresa ANT consistía en evaluar el nivel de cumplimiento de los acuerdos. Consta en la documentación obtenida en la inspección como ese control se realizaba sobre los modelos de la marca NISSAN y se perseguía obtener información sobre los descuentos comerciales realizados por los participantes y otros elementos como tasación o regalos ofrecidos. Esta información era posteriormente puesta a disposición de todos los concesionarios para evaluar el cumplimiento de lo acordado a través de la detección de las denominadas "incidencias".*

Y, por todo ello, la CNMC concluye que dichas prácticas *"e ncajan en las conductas prohibidas previstas en el artículo 1 de la LDC , que constituyen una restricción por el objeto, y que han tenido la aptitud para lograr el objetivo perseguido de falseamiento de la libre competencia por parte de los concesionarios independientes de la marca Nissan, con apoyo de dos empresas consultoras y la participación de NISSAN Iberia, S.A."*.

Y finaliza la resolución sancionadora señalando que las conductas que han sido sancionadas encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y constituyen *"una restricción por objeto, que han tenido aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia por parte de los concesionarios independientes de la marca NISSAN"*.

Conductas que la CNMC ha calificado como una infracción única y continuada desde, al menos, diciembre de 2009 hasta mayo de 2013 prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia contrarias al derecho de la competencia de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la recurrente se solicita la nulidad de la sanción impuesta y, subsidiariamente, que se reduzca su importe y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Irregularidades en el procedimiento sancionador instruido por la CNMC y el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de la Comunidad de Madrid. Y entre ellas:

a) Irregularidades en la Orden de Inspección de la Dirección de Investigación de la CNC de 28 de mayo de 2013 en relación con la entrada en el domicilio social de la entidad ANT y M. CONDE por cuanto tenía un carácter genérico. Considera que la orden de investigación relativa a la inspección realizada en las sedes de ANT y de M. CONDE utiliza una redacción amplia y vaga que incumple las exigencias del artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia. Y ello vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas sancionadas reconocido en el artículo 18.2 de la CE lo cual impide, según dice la recurrente, tener como pruebas de cargo válidas contra la recurrente la documentación obtenida en la citada inspección domiciliaria. Idéntica conclusión refiere la recurrente al señalar que la citada Orden de inspección procedía de una investigación que no tenía relación con los concesionarios de vehículos de la marca NISSAN ya que su origen procedía de la investigación ordenada tras recibir la CNC una denuncia de la mercantil SEAT en el ámbito de los concesionarios de los vehículos de motor de las marcas AUDI/VOLKSWAGEN/SEAT distintas a las de la marca NISSAN.

(b) Irregularidades en relación con el acuerdo de 22 de mayo de 2014 adoptado por la CNMC que ordena el archivo del expediente S/0485/13 y ordena al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid que inicie un nuevo expediente sancionador al haberse constatado que era ese el ámbito territorial de los concesionarios participantes en las conductas colusorias y todo ello por aplicación de lo dispuesto en 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. La recurrente sostiene que la falta de competencia de la CNMC debió apreciarse ya en el inicio de la investigación y, por tanto, con anterioridad al momento en que acuerda iniciar el expediente para evitar así que transcurriera un largo periodo de tiempo en la tramitación.

(c) Irregularidad en relación con el acuerdo de suspensión acordado por el Consejo de la CNMC en fecha 12 de enero de 2016 requiriendo a los concesionarios implicados información sobre el volumen de negocios del año 2015. Entiende la recurrente que ese requerimiento no era necesario y ello determina que la suspensión acordada no pueda paralizar el plazo de duración del procedimiento sancionador con la consecuencia de que ha caducado por el transcurso del plazo de duración de 18 meses.

2. Falta de motivación de la resolución sancionadora recurrida en cuanto no ha dado respuesta a todas las consideraciones que había realizado en su defensa.



3. Entiende que se le ha ocasionado indefensión por cuanto no tuvo conocimiento de la propuesta de sanción.
4. Alega la vulneración del principio de presunción de inocencia.
5. Alega la falta de motivación de la resolución en cuanto a los criterios para la individualización de las multas.
6. Finalmente, sostiene la falta de proporcionalidad en la imposición de la multa.

TERCERO.- Una vez centrado el objeto de debate analizaremos previamente la alegación de caducidad del expediente sancionador realizada por la recurrente pues su estimación haría innecesario el examen del resto de sus consideraciones. Y, en este caso, para dar una adecuada respuesta a la alegación de caducidad es conveniente destacar cuales han sido los tramites del expediente sancionador analizado. Y destacamos los siguientes:

a) La Dirección de Investigación de la CNMC acordó iniciar diligencias previas relacionadas con unas posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, a fin de determinar, la incoación de un expediente sancionador.

b) Con fechas 4 y 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación realizó inspecciones en las sedes de ANT SERVICIALIDAD, S.L. y de la mercantil M. CONDE, S.A.

c) El 29 de agosto de 2013, la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador S/0485/13 contra ANT 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 Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC consistentes, en general, 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.

d) Con fecha de 23 de abril de 2014, la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia señala que *"habiendo constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente S/0485/13, al objeto de que pudiera ser remitido al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia"*.

e) Por Resolución de 22 de mayo de 2014, la CNMC acordó el archivo del expediente S/0485/13 incoado por la Dirección de Investigación el 29 de agosto de 2013 contra determinadas empresas y concesionarios distribuidores de la marca Nissan, y ordena la remisión de todo lo actuado al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

f) El 19 de enero de 2015, se acordó de oficio por la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid la incoación del expediente sancionador SAMAD/09/2014 y el 27 de marzo de 2015, fue formulado y notificado a las partes el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH). La Propuesta de Resolución fue formulada con fecha 16 de junio de 2015 y en fecha 18 de septiembre de 2015, el SDC, en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.

g) En fecha 12 de enero de 2016 el Consejo de la CNMC acuerda requerir a las empresas concesionarias información relativa al volumen de negocios total obtenido en el año 2015.

h) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dicta en fecha 28 de julio de 2016 la resolución sancionadora. Resolución que constituye el objeto del presente proceso.

CUARTO.- Esta Sección rechaza la alegación de caducidad en el procedimiento que ha finalizado con la resolución sancionadora dictada en fecha 28 de julio de 2016, notificada a la recurrente en fecha 2 de agosto de 2016. Dicha resolución se ha dictado respetando el plazo de duración de las actuaciones administrativas que finalizaba el día 3 de agosto de 2016 ya que al plazo inicial de los 18 meses, a contar desde la fecha de incoación del expediente sancionador SAMAD/09/2014, debían añadirse quince días naturales al periodo de tiempo de duración por ser ese tiempo que quedó suspendido tras requerir la CNMC a las empresas infractoras la aportación de la documentación relativa a los volúmenes totales de negocios correspondientes al año 2015. Sin embargo, según la recurrente, ese requerimiento no puede justificar legalmente la ampliación del plazo de caducidad que entiende finalizaba el 19 de julio de 2016.

Según la recurrente, como ese requerimiento es un trámite necesario y habitual para cuantificar el importe de la multa, debió cumplirse dentro del plazo de los 18 meses. Y concluye que el artículo 37.1.a) de la LDC no ampara esta suspensión que se acordó sin justificación alguna para ofrecer cobertura a un trámite ordinario.

La suspensión acordada por el Consejo de la CNMC en fecha 12 de enero de 2016 para requerir a las empresas imputadas información relativa al volumen de negocios del año 2015, que se notificó en fecha 14 de enero de 2016, entiende esta Sala que encuentra amparo en el art. 37.1.a) de la Ley 17/2015 que permite suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador *"cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios"*.

El precepto no distingue, a los efectos de suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria como sostiene la parte recurrente.

Es más, el art. 37.1 distingue supuestos de suspensión ordinaria, el apartado 2, una suspensión basada en circunstancias especiales y el apartado 4 un supuesto excepcional de ampliación del plazo máximo de resolución.

Lo cierto es que es necesario disponer del volumen de facturación para motivar la cuantía de la sanción y de ahí el requerimiento para la aportación de ese dato que justificó la suspensión del plazo al amparo del art. 37.1.a) de la Ley 15/2007 que ofrece plena cobertura a tal solicitud. No podemos desconocer que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.1.c) de la LDC, la determinación de la cuantía de la multa debe efectuarse atendiendo al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y en este caso como la resolución sancionadora iba a dictarse en el año 2016 solo podía fijarse correctamente el importe de la multa si se atendía al volumen de negocios total de cada una de las empresas obtenido en el año 2015; dato este que era necesario e imprescindible para cuantificar la multa de ahí que entendamos correcta su petición a las empresas infractoras, así como la suspensión del plazo para resolver acordada por la CNMC para obtener esa información.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala, carece de fundamento la alegación relativa a la caducidad del procedimiento sancionador pues la resolución que le puso fin se notificó dentro del plazo de los 18 meses una vez ampliado éste de forma ajustada a derecho como hemos señalado.

QUINTO.- Asimismo, la recurrente apoya su alegación de caducidad diciendo que la CNC realizó diligencias dilatorias que retrasaron la incoación del expediente sancionador por los Servicios de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

Tampoco compartimos dicha alegación. Debemos tener en cuenta, como así ha quedado reflejado en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, que la resolución sancionadora dictada por la CNMC que ahora revisamos ha puesto fin al procedimiento sancionador SAMAD/09/2014 incoado y tramitado por los Servicios de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid al amparo de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia en cuyo ámbito de actuación territorial se encontraba la recurrente, al menos, en las fechas que se han tenido en cuenta para imputarle la realización de conductas colusorias.

Y en la tramitación de ese procedimiento SAMAD/09/2014, como antes hemos expuesto, no se ha superado el plazo de duración de los 18 meses legalmente exigido y, en consecuencia, no existe caducidad en este procedimiento. Y es ese procedimiento sancionador SAMAD/09/2014 el único que debemos ahora revisar sin que sea posible examinar ahora la legalidad, en su caso, de las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento sancionador S/0485/13 que está archivado y sin que conste que, por parte de la recurrente, se hubiera interpuesto recurso frente a la resolución que acuerda el archivo de este.

SEXTO.- Se denuncia en segundo lugar que el desglose de la documentación intervenida en la sede de ANT y de M. CONDE es contrario a derecho. Explica la recurrente que el procedimiento sancionador al que pone fin la resolución recurrida tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley toda vez que la incautación de documentos que tuvo lugar durante las Inspecciones realizadas los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de ANT y de M. CONDE habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Según refiere, la CNMC habría incurrido en la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución puesto que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNMC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídicas, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualesquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Y, además, la recurrente sostiene que los datos y elementos contenidos en las órdenes de investigación de 28 de mayo de 2013 que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos



inculpatorios no delimitaban, como exige el artículo 40 de la LDC y el artículo 13 del RDC, las conductas objeto de dicha investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto, limitado a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas Audi, SEAT y Volkswagen) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como las imputadas después a los concesionarios de los vehículos NISSAN.

Esta Sala rechaza los motivos de nulidad alegados.

En primer lugar, la recurrente denuncia la violación del artículo 18 de la Constitución del que no es titular toda vez que la titularidad de ese derecho fundamental y, por tanto, su alegación de vulneración solo corresponde a la empresa inspeccionada, en este caso ANT y M. CONDE, en cuya sede se localizó la documentación incriminatoria.

Por otra parte, la entrada en la sede de ANT y M. CONDE contaba con autorización judicial otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 y 5 de junio siguiente.

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

Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, rec. 1062/2017, que vino a fijar criterio sobre la validez de las Ordenes de investigación en las inspecciones domiciliarias de la CNMC con arreglo al nuevo modelo de casación, el TS confirmó la resolución de un Juzgado, denegatoria de la solicitud formulada por la CNMC de entrada en una empresa porque la Orden de investigación no concretó las razones que vinculan la necesidad de la entrada en el domicilio con el objeto de la investigación.

Ahora bien, sin embargo la Orden de investigación de 28 de mayo de 2013 para proceder a la entrada en la sede de ANT y de M. CONDE si hacía saber a ésta que *"La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor"*.

La orden de entrada e inspección contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT y M. CONDE 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 y M. CONDE 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 la recurrente.

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

"QUINTO. Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica de este 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 la recurrente en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y

eficacia de la actuación administrativa en relación con la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica de este se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

Igualmente rechazamos la alegación de la recurrente relativa a la nulidad de las ordenes de investigación de 28 de mayo de 2013 para realizar en fechas 4 y 5 de junio de 2013 inspecciones domiciliarias a las empresas ANT SERVICIALIDAD y M. CONDE, S.A. por cuanto, según su criterio, carecían de motivación suficiente al contener generalidades que le ocasionaron indefensión. Y esa nulidad debe implicar, según expone, la nulidad de todas las pruebas de cargo obtenidas por la Administración en las citadas inspecciones domiciliarias.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias legales y con las mencionadas en la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación ahora examinada constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor); el sujeto investigado (M.CONDE, S.A. y la entidad ANT); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección los días 4 y 5 de junio de 2013 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor consistentes en la coordinación de conductas con otros operadores en materia de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información sensible), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de distribución de vehículos de motor sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas y dado su objeto social era fácil imaginar cual iba a ser el mercado al que afectaría la investigación al tener como objeto social la venta de vehículos de las marcas AUDI, VW y SEAT. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se incoó como consecuencia de una denuncia, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios y fijación de condiciones comerciales en el mercado definido, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y debemos desestimar este motivo del recurso.



SÉPTIMO.- Por otra parte, la mercantil recurrente invoca que se le ha ocasionado indefensión en el procedimiento administrativo porque no se le permitió la presentación de alegaciones sobre el importe de la sanción en la propuesta de resolución.

Dicha alegación no puede prosperar porque conforme a lo dispuesto por el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, relativa al contenido mínimo de la propuesta de resolución, la DI debe determinar la responsabilidad que corresponda a cada uno de los autores de la infracción declarada acreditada, los efectos que en su caso ha producido la infracción en el mercado y las circunstancias agravantes y atenuantes que a su juicio concurren, cuestiones todas ellas que se contienen en la propuesta de resolución formulada en este expediente, pero en absoluto viene obligada a elevar al Consejo una propuesta concreta e individualizada de sanción, cuya ausencia, por tanto, no puede generar indefensión.

Es decir, el art. 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no impone que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta y, en este sentido, esta Sala ya ha dicho en la sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2012 rec. nº 6/2012 que:

"En cuanto al hecho de no haber incluido el Informe propuesta una sanción precisa, hay que indicar que la determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a la Dirección de Investigación que, es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que señala que " la propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución".

Po r tanto, no se exige que la propuesta de resolución fije una propuesta de la sanción a imponer. Y como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de junio de 2008 asunto T -410703 Hoechst GMBH.c Comisión *"Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de los multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa"* (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión [TJCE 2005, 194], citada en el apartado 344 supra, apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 [TJCE 2002, 115] , LR AF 1998/Comisión, T-23/99 , Rec. p. II-1705, apartado 199 y jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 21)."

OCTAVO.- Rechazados todos los defectos formales invocados por la recurrente, debemos ahora analizar si las conductas antes descritas encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

La CNMC sostiene que se está ante una conducta anticompetitiva denominada cártel que ha supuesto un acuerdo formal entre empresas del mismo sector cuyo fin era reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo así un poder sobre el mercado en el que podían obtenerse los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Según la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada y que esta Sección asume íntegramente, las conductas sancionadas se han producido entre los concesionarios de los vehículos de motor de la marca NISSAN con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento:

1. Los concesionarios independientes de la marca NISSAN acordaron en diferentes reuniones en las que también participaba la entidad NISSAN IBERIA, S.A., al menos desde el 21 de diciembre de 2009, descuentos aplicables a ciertos nuevos modelos de automóviles.
2. Los concesionarios contrataron los servicios de empresas externas como ANT SERVICIALIDAD, S.L. y de HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P. cuyo cometido era llevar a cabo el control del cumplimiento de los



acuerdos previamente adoptados por las empresas participantes en el cártel y que conocían a través de NISSAN IBERIA.

3. En el caso de HORWATH, atendiendo a las condiciones pactadas en las reuniones y que le enviaba NISSAN IBERIA, elaboraba el denominado "Protocolo de Revisión" en el que recogía las condiciones que se habían pactado para los modelos sujetos a acuerdo y que, posteriormente, enviaba a ANT para que pudiera realizar el seguimiento del cumplimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes, tal como así se acredita en los correos electrónicos enviados en fechas 19 de enero de 2010 y 9 de febrero de 2010 (folios 1073 y 1080 del expediente administrativo).

4. A la entidad ANT los concesionarios le encargaron el control del cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas concesionarias y que ANT conocía a través de la información que le remitía HORWATH.

5. La actividad principal de ANT consistía en la realización de evaluaciones para marcas de automoción, evaluando la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, bajo la marca "El Cliente Indiscreto" y ello a través de estudios de calidad. El cliente indiscreto visitaba los concesionarios y fingiendo ser un cliente cualquiera, recopilaba toda la información posible sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos. Mensualmente, el cliente indiscreto preparaba un informe para cada concesionario resumiendo los resultados de sus visitas y emitía informes refiriendo la oferta económica recibida por cada concesionario y, además, identificaba aquellas desviaciones en las que cada concesionario había incurrido respecto a las condiciones pactadas.

6. Asimismo, ANT elaboraba los denominados "Estudios de Mercado" o "Estudios de Política comercial" cuya finalidad, tal como especifica ANT en sus presentaciones, era " *acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos*". Para ello ANT efectuaba un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados remitiendo dichas incidencias a los integrantes del cártel y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. En sus visitas a los concesionarios, ANT recopilaba información sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos por cada concesionario con el fin de comprobar si cumplían el acuerdo. Y para ello los concesionarios recibían el documento denominado "Incidencias y Tabla Resumen" en el que figuraban, en cuadros desagregados por columnas, las condiciones ofrecidas por los concesionarios de cada cártel. En dicho documento quedaba reflejado si se había respetado el precio máximo o si se habían ofrecido descuentos o regalos que respetaban los acuerdos adoptados resaltándose las "incidencias" que eran los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos. Esta forma de actuación de la entidad ANT se aprecia con claridad en el contenido de la carta de presentación entregada a los concesionarios y en este sentido destacamos las siguientes manifestaciones realizadas por ANT que demuestran como los concesionarios quisieron atribuir a ANT una función de control y de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios. Y son, entre otras expresiones, las recogidas en los folios 195 a 196 del expediente administrativo y son:

" Situación actual: guerra de precios, escasa rentabilidad por operación; pocas ventas.

Propósito de esta acción: acabar con la guerra de precios existentes y, homogeneizar descuentos máximos consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido.

Estudio que proponemos: ...nuestros compradores o compradores indiscretos visitaran sus concesionarios ...comprobaremos si todas las concesiones respetan o no la política comercial establecida.

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".

NOVENO.- Esta Sección a la vista de todo lo expuesto concluye que los concesionarios de vehículos de la marca NISSAN han adoptado acuerdos de carácter secreto dirigidos a coordinar tanto los precios de venta al público de los vehículos de dicha marca, como las condiciones comerciales de la venta para poder fijar una política comercial común en relación con las condiciones comerciales de la venta de los vehículos de la marca NISSAN. Y los acuerdos entre los concesionarios sobre la fijación de uno de los elementos del precio final de venta al público del vehículo, como son los descuentos máximos, la tasación o regalos ofrecidos supone una práctica contraria ya que persigue coordinar una estrategia competitiva en materia de precios con el fin último de preservar su margen comercial y reducir la tensión competitiva. Y ello no tiene por qué implicar una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados a los concesionarios, pero sí una coordinación que persigue aproximar la uniformidad del precio final entre los partícipes de este.



En el caso analizado, eran los concesionarios quienes acordaban las políticas de ventas y de descuentos que debían aplicarse en un determinado ámbito temporal y territorial que NISSAN IBERIA, S.A. remitía posteriormente a las entidades HORWATH y ANT para que pudieran llevar a cabo su actividad de control del cumplimiento de esos acuerdos.

No cabe duda de que los acuerdos adoptados sobre fijación de precios y condiciones comerciales, como es el caso, tenían aptitud para restringir la competencia en todo el mercado nacional, reduciendo así la independencia en la toma de decisiones de las empresas al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa como es la fijación y/o negociación de precios y descuentos a sus clientes, realizando además las empresas del cártel un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Acuerdos que podían alterar la competencia pues las empresas reducían así la incertidumbre a la que se enfrentaban conociendo mejor la estrategia comercial de los competidores.

Esta Sección comparte la conclusión de la CNMC cuando entiende que esa forma de actuación encaja en la consideración de conducta anticompetitiva.

Corresponde ahora examinar si existe en el expediente administrativo prueba de la participación de la mercantil recurrente en esas conductas calificadas como cártel.

En relación con los medios de prueba, como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso nº 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 reiteramos en 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 1997421 y J 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 741) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). 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"*.

En el análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de la recurrente debemos destacar la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de la empresa ANT SERVICIALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución al comienzo del relato de hechos probados donde 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 en diversas reuniones mantenidas por los concesionarios de vehículos de la marca NISSAN, entre ellos la recurrente, en las que se fijaba una política comercial común. Ello se aprecia de forma especial en las anotaciones manuscritas realizadas por ANT respecto de la reunión celebrada por los concesionarios en fecha 21 de diciembre de 2009 de la que tuvo conocimiento a través de NISSAN IBERIA, S.A. que también participaba en las reuniones. Concretamente, consta en dichas anotaciones la fecha de inicio de los acuerdos -2 de enero de 2010-, el margen de error, el ámbito territorial ("como siempre Madrid"), las condiciones comerciales, las sanciones en caso de incumplimiento, así como la persona de contacto para proporcionar la información que era un directivo de la empresa NISSAN IBERIA. Asimismo, consta en el expediente administrativo el correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2009 enviado por NISSAN IBERIA a ANT y a HORWATH en el que se les comunica las condiciones comerciales pactadas en la reunión citada de 21 de diciembre, así como el nombre de los concesionarios implicados, entre los que se encuentra la mercantil recurrente (folios 234 y 235). Igualmente, consta la participación y conocimiento por parte de la recurrente en las anotaciones manuscritas realizadas por ANT de 8 de febrero de 2010 en las que se recoge el listado de los concesionarios implicados, entre los cuales se incluye a la recurrente (folios 217 a 220).

Por otra parte, queda también acreditada la participación de la recurrente no solo por su asistencia a las citadas reuniones sino porque también conocía el papel que se había asignado a la entidad ANT consistente en la monitorización y seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Y los concesionarios sabían que



esos acuerdos no respetaban las reglas de la competencia entre competidores cuando conocían cual era la finalidad perseguida por ANT que, en sus presentaciones de política comercial, folios 195 y 196, describía lo que denomina "SITUACIÓN ACTUAL", que caracteriza por "ESCASA RENTABILIDAD POR OPERACIÓN GUERRA DE PRECIOS POCAS VENTAS", para, a continuación, referirse al "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".

Y ANT añadía en esa presentación que pretendía, "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo así incrementar el margen comercial por vehículo vendido. Y ANT cumplía el servicio encargado por los concesionarios a través de lo que denominaba "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. Entre otros, constan en el expediente administrativo los informes remitidos mensualmente por ANT a los concesionarios en los que se recogía el precio, regalos y tasaciones del vehículo, así como, en su caso, las incidencias que se refería a los incumplimientos o desviaciones en los acuerdos (correos electrónicos de ANT enviados a los concesionarios, entre ellos a la recurrente, de 15 marzo de 2010 -folio 225- y 13 de mayo de 2010-folios 1119 y 1120-).

La entidad ANT elaboraba esos estudios de mercado realizando 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.

En consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada en las reuniones celebradas así como por su conocimiento del mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", 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 entidad actora en la infracción que se le imputa.

Finalmente, es importante significar que, aunque no se discute por la actora el periodo imputado, sin embargo, la prueba que resulta del expediente cubre la totalidad del período imputado a la sancionada, que abarca desde enero de 2010 hasta mayo de 2013.

DÉCIMO.- A juicio de la recurrente, aun aceptando la existencia de un cartel, señala que este no ha desplegado efectos en el mercado.

No podemos acoger tal alegato porque es doctrina reiterada del TJUE que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos, y así 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.

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

En este sentido, es necesario recordar 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, cuyos apartados 27 a 30 aluden 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".

DÉ CIMOPRIMERO.- Subsidiariamente a lo anterior, sostiene la actora que la conducta se encuadraría dentro de las denominadas de menor importancia por lo que resultaría aplicable la regla de *mínimis* prevista en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, según el cual: "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".

Parte en su razonamiento de lo establecido en el artículo 1.a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual se entenderán de menor importancia, conforme al artículo 5 de la LDC: "a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados".

No obstante, el motivo ha de ser igualmente rechazado pues desconoce la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del mismo RDC que, bajo la rúbrica "Conductas excluidas del concepto de menor importancia", dispone en su apartado 1 que: "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...".

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 *mínimis*) 2014/291/01.

DÉCIMOSEGUNDO.- Finalmente, la recurrente cuestiona la motivación y la proporcionalidad en la determinación del importe de la multa, así como el método de cuantificación de esta. Y solicita la nulidad de la multa o subsidiariamente la reducción de su importe pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de acuerdo con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013).

Esta Sección anticipa que rechaza la tesis de la recurrente y concluimos que la CNMC si ha recogido en la resolución sancionadora las razones que le han llevado a la determinación del importe de la multa aplicando los criterios exigidos en los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia teniendo en cuenta la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015. Doctrina jurisprudencial que se ha reiterado en otras posteriores y que determina que el método para la cuantificación de las sanciones



es el fijado en el artículo 63 de la LDC que es el precepto que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones y no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Además, el Tribunal Supremo en la citada sentencia añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

Pues bien, no compartimos la alegación referida por la recurrente sobre motivación insuficiente, porque es lo cierto que la CNMC ha especificado en la resolución impugnada los distintos motivos que le han llevado a aplicar un determinado tipo sancionador. Concretamente, en la resolución impugnada se han especificado los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia que han llevado a la CNMC a obtener un tipo sancionador que luego aplica sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de la imposición de la sanción, en este caso año 2015, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC -con el límite citado del 10%-. Tipo sancionador que, además, se ha individualizado respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC, así como la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes todo lo cual lleva a la CNMC a concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la empresa.

En este sentido, figura en la resolución impugnada como la CNMC ha analizado cada una de las circunstancias recogidas en el artículo 64.1 citado destacando los siguientes criterios:

Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a). Consta en la resolución sancionadora que la CNMC ha concretado tanto el mercado geográfico como el mercado de producto afectado por las conductas colusorias que, como ya hemos expuesto en esta sentencia, no existen razones para declarar incorrecta ni arbitraria la determinación del mercado afectado por parte de la CNMC.

En relación con el mercado geográfico afectado por la conducta se especifica que abarca la Comunidad de Madrid y, además, la resolución sancionadora ha indicado que *"el limitado alcance territorial de la infracción en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviere lugar con una implantación en todo el territorio nacional debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la multa dentro del arco sancionador"*.

En cuanto a los efectos de la infracción (art.64.1.c), la CNMC señala en la resolución impugnada 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"*.

Asimismo, la CNMC destaca un hecho que también ha tenido en cuenta para graduar la sanción, como es que *"las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de un sistema sofisticado, coordinado por la propia NISSAN IBERIA, 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"*.

No cabe duda, por tanto, de que en la resolución sancionadora si se han especificado cuales han sido los criterios recogidos en el artículo 64.1 citado que han servido para valorar la densidad antijurídica de la conducta y que han permitido a la CNMC fijar un tipo sancionador con carácter general en el tramo medio-bajo para posteriormente individualizar el tipo sancionador en relación con cada empresa teniendo en cuenta como criterio de referencia la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y ello porque precisamente los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1.

Concretamente, en el caso de la mercantil NASUR MOTOR, S.L. el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 18.320.861 euros y la correspondiente cuota de participación en la infracción en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado se fijó en el 13,4%.

Por tanto, esta Sala no comparte con la recurrente que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015, entre otras. Pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003:

"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".

En aplicación de los criterios aludidos, la CNMC ha aplicado al volumen de negocios total de la empresa en el año 2015, con el límite del 10% del artículo 63 de la LDC, el tipo sancionador correspondiente que en el caso de la recurrente ha sido del 2%. Y ello le ha supuesto una sanción de multa por importe de 812 euros.

Tampoco compartimos la alegación de la recurrente cuando refiere la falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, que en su caso ha sido del 2%, pues como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el 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)."

Por tanto, ni hay falta de motivación ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDC 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. En el caso de la recurrente la utilización de un tipo sancionador del 2%, situado prácticamente en el punto mínimo del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, no puede calificarse como de desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa sin que existan razones para concluir que ese porcentaje se ha fijado sin atender a criterios de proporcionalidad. Al contrario, figura en la resolución sancionadora como la CNMC ha ajustado el tipo sancionador aplicado para garantizar que la sanción impuesta respete la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de cada empresa y en este sentido ha tenido especialmente en cuenta el carácter de empresas multiproducto, así como que se está ante un sector económico en el que de forma estructural se tienen márgenes muy estrechos.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en el mínimo del tipo sancionador máximo.

DÉCIMOTERCERO.- Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo procede imponer a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido 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

1. DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº **481/2016** promovido por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la mercantil " **A6 IBERAUTO, S.L.**" (que absorbe mediante fusión la mercantil NASUR MOTOR, S.L. por escritura pública otorgada en Madrid en fecha 8 de octubre de 2015 ante el Notario Dña. Milagros Anastasia Casero Nuño), contra la resolución de 28 de julio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 812 euros.
2. Y, en consecuencia, se confirma la resolución administrativa impugnada al ser ajustada a derecho.
3. Se imponen a la recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30



días, debiendo 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ