



Roj: **SAN 2485/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2485**

Id Cendoj: **28079230062020100238**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/09/2020**

Nº de Recurso: **427/2016**

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: 0000427 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05133/2016

Demandante: ANT SERVICIALIDAD, S.L.

Procurador: D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD DE MADRID

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 427/16 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y en representación de la mercantil **ANT SERVICIALIDAD, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 28 de julio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 16.571 euros por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Igualmente ha comparecido la Comunidad de Madrid defendida y representada por sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid presentaron respectivos escritos de contestación a la demanda solicitando se dicte sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

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

CUARTO.- Y se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 22 de julio de 2020 en que tuvo lugar, siendo Ponente la Ilma. Magistrada Sra. Dña. **Berta Santillán Pedrosa**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la entidad ANT SERVICIALIDAD, S.L. impugna la resolución dictada en fecha 28 de julio de 2016 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente 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.

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

1. ANT SERVICIALIDAD, S.L. 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:

2. ANT SERVICIALIDAD, S.L.: 16.571 euros.

(...)

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".

Concretamente, en la resolución sancionadora impugnada se consideró que los concesionarios de los vehículos de motor de la marca NISSAN, con la colaboración de la entidad ahora recurrente ANT SERVICIALIDAD, habían realizado actuaciones que podían calificarse como una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007. Y la CNMC justificaba la comisión de las citadas infracciones refiriendo 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 *"encajan 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"*.

En relación con la participación de la entidad aquí recurrente, ANT SERVICIALIDAD, S.L., la resolución impugnada señala que ANT, pese a ser entidad ajena al mercado afectado, ha participado activamente en la infracción actuando como facilitador y ejerciendo el papel de controlador del cumplimiento de los acuerdos del cártel hasta el punto de que su labor de control y vigilancia ha contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, ha restringido la competencia en el mercado afectado.

SEGUNDO.- Conviene ahora recoger la descripción que la resolución recurrida realiza sobre la forma en que se desarrollaron las conductas sancionadas, así como la relación entre los concesionarios de los vehículos de motor de la marca NISSAN y la entidad ANT SERVICIALIDAD.

Explica la resolución sancionadora que en la realización de esas prácticas anticompetitivas participaban diferentes concesionarios de la marca NISSAN siendo homogéneo su comportamiento gracias a un denominador común, ANT, sujeto que ha facilitado y monitorizado los acuerdos adoptados por los concesionarios realizando, por una parte, el control en relación con el cumplimiento del precio de venta y condiciones comerciales acordados por estos y, por otra parte, facilitándoles el intercambio de información.

La CNMC destacaba, en la citada resolución, que los servicios que prestaba ANT consistían en evaluar la atención al cliente y de calidad de las empresas que contrataban sus servicios, bajo la marca "El Cliente Indiscreto"; y, además, realizaba una segunda actividad consistente en los denominados "estudios de precios" o "estudios de mercado/marketing", que recogían la información de los modelos de vehículos pactados, información posteriormente intercambiada con los concesionarios miembros del supuesto cártel, identificando los precios ofertados por dichos concesionarios. Así se reflejaba en las facturas emitidas por ANT a los concesionarios implicados y en diferentes documentos relativos a la metodología de actuación de ANT, en los que se señalaba su carácter confidencial dada la "peligrosidad" de este tipo de estudios, así como el desconocimiento por parte de los evaluadores que visitaban los concesionarios, con el objetivo de obtener la mejor oferta posible de un determinado modelo afectado por los acuerdos adoptados por los concesionarios.

A juicio de la CNMC, la documentación intervenida en la inspección de ANT revelaba que, a partir de las visitas realizadas por los evaluadores de ANT y de las fichas que realizaban por cada visita a cada concesionario, recopilaba dicha información para luego remitirla a los concesionarios implicados, señalando si se había respetado el descuento máximo o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo, comprobando si los concesionarios miembros del cártel respetaban o no la política comercial establecida por éstos. La información que se compartía con todos los concesionarios implicados de cada zona era la información referida a los precios ofertados por cada concesionario, sobre un modelo concreto, los descuentos aplicados, regalos ofrecidos, así como las "incidencias" o "irregularidades" detectadas, siendo este intercambio de información entre ANT y los concesionarios implicados una pieza clave para el control del cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Continuaba la resolución sancionadora refiriendo que el objetivo de dichos "estudios de mercado", tal y como expresamente especificaba ANT en la presentación de su Política Comercial era acabar con la competencia por precios y homogeneizar los descuentos máximos, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos de fijación de precios adoptados, ofreciendo descuentos superiores y precios más baratos, y remitiendo dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel, facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Con ese fin, ANT disponía de la información

necesaria para poder llevar a cabo la monitorización de los acuerdos adoptados, indicándose los vehículos que se incluían en los acuerdos, así como las campañas que se aplicaban, aportando también una tabla resumen, para un modelo determinado, con la identificación del concesionario, campañas a aplicar, precio de mercado, oferta, regalos, tasaciones, etc. y, en su caso, las incidencias detectadas respecto del incumplimiento de algunos de los términos de los acuerdos adoptados.

Esta Sección destaca que las conductas anteriormente descritas y que la CNMC ha sancionado ya se han analizado por esta misma Sección en numerosas sentencias que han sido desestimatorias y han confirmado la existencia de los acuerdos anticompetitivos adoptados por los concesionarios de la marca NISSAN con la intervención de ANT como facilitador y en su papel de monitorizador del cumplimiento de los citados acuerdos. Y en dichas sentencias hemos concluido que sí estaba acreditada la realización de las conductas anticompetitivas, así como la participación de los concesionarios sancionados y el papel de facilitador que tenía la entidad ahora recurrente, ANT SERVICIALIDAD. Criterio que ahora mantenemos por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina.

En este sentido, mantenemos el criterio de que ha quedado acreditada la existencia de prácticas contrarias al derecho de la competencia consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca NISSAN entre concesionarios oficiales independientes de la citada marca y con la directa colaboración de ANT. Los concesionarios contrataron los servicios de ANT para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos que adoptaban y, por tanto, para facilitar la ejecución y el mantenimiento de estos en el tiempo, incluso previendo un sistema de multas para los casos en los que se detectaran incumplimientos de lo pactado a través de los informes de ANT.

Por otra parte, no hay duda alguna respecto del conocimiento de ANT del carácter ilícito de la conducta puesto que en su propia metodología de actuación se explicita el carácter confidencial *"dada la peligrosidad de este tipo de estudios"*, así como la mención a que ninguno de los evaluadores *"sabría realmente el propósito final del estudio"*. Asimismo, queda acreditada por la información obrante en el expediente el intento de ANT de dotar a sus servicios de una apariencia de legalidad a través del empleo de expresiones poco sospechosas e incluso vagas (*"estudios de mercado"*), con el objetivo de pasar desapercibidos a terceros ajenos a los acuerdos. Ello supone la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de sus autores.

Incluso la jurisprudencia comunitaria ha venido estableciendo de modo pacífico, que *"toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria ya estaba ínsito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cártel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa"* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand AG c. Comisión).

Concluimos así que el estratégico papel jugado por la empresa ANT constituye un claro valor añadido para la efectividad de los acuerdos adoptados por los concesionarios, además de un elemento característico, como ya se ha dicho, de este tipo de conductas, que en absoluto resulta novedoso para la Autoridad de competencia. Este tipo de mecanismos de control habituales en los cárteles se articulan típicamente a través de intercambios de información mediante sistemas de auditoría, o bien mediante el empleo de un fiscalizador o coordinador.

TERCERO.- La entidad recurrente, ANT SERVICIALIDAD, en su escrito de demanda solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada. Y ello en virtud de los siguientes razonamientos:

1. Nulidad de la orden de inspección e investigación y de la labor instructora llevada a cabo en las instalaciones de la recurrente.
2. Vulneración del principio non bis in ídem o de no concurrencia de sanciones.
3. Vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa.

CUARTO.- Ce ntrado el objeto de debate iniciamos el análisis dando respuesta a la alegación de infracción de los artículos 18.2, 18.3 y 24.1 CE, artículo 40 de la LDC y artículo 13 del RDC.

La ANT apoya su defensa alegando que la resolución sancionadora impugnada es nula de pleno derecho por cuanto se ha dictado en un procedimiento sancionador que tiene su origen en una actuación inspectora no

amparada por la Ley toda vez que, la incautación de documentos que tuvo lugar durante las inspecciones realizadas en la sede de ANT habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la CE puesto que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNC, 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. Entiende que los datos y elementos contenidos en las ordenes de investigación que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos inculpatórios no delimitaban, como exigen 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 cuando esas órdenes de investigación estaban dirigidas a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas AUDI, SEAT y VW) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como son las imputadas posteriormente a los concesionarios de la marca NISSAN.

Esta Sección anticipa que rechaza los motivos de nulidad alegados.

En primer lugar, destacamos que la orden de investigación de 28 de mayo de 2013 para realizar en fechas 4 y 5 de junio de 2013 inspecciones domiciliarias a la empresa ANT SERVICIALIDAD 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 de junio. Sin embargo, también es cierto que, esta circunstancia no excluye que podamos pronunciarnos sobre la validez de la orden de entrada ya que 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"*.

Y en este análisis esta Sección, no obstante, considera que la Orden de investigación para la entrada en la sede de ANT si permitía conocer cuál era la razón y el objeto de la inspección ordenada por la CNC al indicarse en la citada orden de investigación 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 contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT y, además, vinculaba su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En consecuencia, declaramos que la Orden de investigación cumplía 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.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección en la sede de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de la marca SEAT, VW y AUDI, pero no NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que pretende ANT.

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 ANT en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que pudieran imputarse a los concesionarios de las marcas AUDI, SEAT 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.

QUINTO. - En segundo lugar, la recurrente ANT alega la vulneración del principio "non bis in ídem" porque entiende que la CNMC le ha impuesto varias sanciones por su actuación en distintos expedientes sancionadores cuando en todos ellos su forma de actuación ha sido semejante y, además, con apoyo en idénticos fundamentos - comisión de la infracción del artículo 1 de la LDC-. Y destaca que así ha sido en relación con los expedientes sancionadores incoados por prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los concesionarios de vehículos de motor de las marcas tales como OPEL, TOYOTA, HYUNDAI y LAND ROVER, entre otras. Añade la recurrente que la única diferencia entre esos expedientes, en los que ANT ha sido sancionada, es la diferente marca de los vehículos de motor de los concesionarios participantes en las prácticas anticompetitivas, pero entiende que ello no impide apreciar la concurrencia de la triple identidad: subjetiva, fáctica y de fundamento que prohíbe la imposición de sanciones por una única conducta.

El principio "non bis in ídem" fue constitucionalizado pues desde la STC 2/1980, de 30 de enero, se entiende incluido en el precepto constitucional del 25.1 CE, inherente al principio de legalidad. Pero no solo el artículo 25.1 de la CE regula el principio non bis in ídem, sino también, entre otros preceptos, el artículo 133 de la Ley 30/1992, aplicable en la fecha de los hechos analizados, que disponía *"no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal y administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"*.

Con la aplicación del principio non bis in ídem se está excluyendo la imposición de dos o más sanciones administrativas al cometer unos mismos hechos, el mismo sujeto y con idéntico fundamento. Es cierto que la entidad ANT ha sido sancionada por su participación en varios expedientes sancionadores de la CNMC como facilitadora de la actuación anticompetitiva de los concesionarios de los vehículos de motor de diferentes marcas siendo en todos ellos semejante el modus operandi de ANT. Sin embargo, ello no significa que la CNMC haya vulnerado el principio "non bis in ídem" toda que no se aprecia la triple identidad requerida para apreciar la doble sanción prohibida por el precepto señalado pues no concurre, en este caso, la identidad fáctica entendida

como que los hechos enjuiciados sean los mismos y que impliquen una única conducta. Esta Sección concluye que, en los diferentes expedientes sancionadores en los que ANT ha sido sancionada por la CNMC, no concurre la identidad fáctica ya que no estamos ante una única conducta de ANT aunque sea muy parecida en todos ellos y ello porque la participación de ANT se producía en cada expediente sancionador en relación con un mercado de producto diferente que se identificaba con cada una de las marcas de los vehículos de motor de los concesionarios participantes en las prácticas anticompetitivas lo cual determinaba que los acuerdos anticompetitivos adoptados no fueran ni coincidentes ni mucho menos idénticos.

SEXTO. - Por último, ANT alega la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción en cuanto al tipo sancionador aplicado -2%- y en cuanto que la sanción supera el límite legal del 10% del volumen de negocios de ANT en el año 2015.

En este caso, a la entidad ANT se le ha aplicado el tipo sancionador del 2% y entiende que es desproporcionado en relación con el menor tipo sancionador aplicado a la gran mayoría de los concesionarios. Es difícil admitir la alegación de la recurrente de que es desproporcionado el tipo sancionador aplicado del 2% toda vez que se encuentra en el tramo mínimo del que puede llegar a imponerse por cuanto este puede alcanzar hasta el 10%. Y 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 ello, la CNMC teniendo en cuenta el artículo 63.1.c) de la LDC ha aplicado el tipo sancionador del 2% sobre el volumen de negocios que la entidad ANT tenía en el ejercicio 2015. Y la CNMC para fijar el importe del volumen de negocios total obtenido por ANT en el año 2015 ha tenido en cuenta la información proporcionada por la propia ANT a requerimiento de la CNMC. En el caso de ANT, se ha tenido en cuenta el importe de 828.546 euros como volumen de negocios total obtenido en el año 2015 -importe que no se cuestiona por ANT- y la multa impuesta alcanza el importe de 16.571 euros que es el resultado de aplicar a ese volumen de negocios el tipo sancionador del 2%.

SÉPTIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer a la mercantil recurrente las costas procesales dada la desestimación del recurso.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 427/16 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y en representación de la mercantil **ANT SERVICIALIDAD, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 28 de julio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 16.571 euros por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que confirmamos por ser ajustada a derecho.

Con expresa imposición de costas a la entidad recurrente.

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 en el escrito de preparación del recurso 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 24/09/2020 doy fe.