



Roj: **STS 3513/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3513**

Id Cendoj: **28079130032020100252**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **4227/2019**

Nº de Resolución: **1403/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1296/2019,**
ATS 11326/2019,
STS 3513/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.403/2020

Fecha de sentencia: 26/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **4227/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a **María Isabel Perelló Doménech**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **4227/2019**

Ponente: Excm. Sra. D.^a **María Isabel Perelló Doménech**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1403/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. **María Isabel Perelló Doménech**

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 26 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **4227/2019**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que ostenta de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, contra la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 580/2015, sobre sanción de multa impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13 "Concesionarios Audi/Seat/Vw"; ha sido parte recurrida la procuradora de los tribunales D^a Isabel Campillo García en representación de la entidad ALLUITZ MOTOR S.L., y el procurador de los tribunales D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero en representación de SEAT SA.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a **María Isabel Perelló Doménech**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 580/2015 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 26 de marzo de 2019, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de ALLUITZ MOTOR SL, contra la resolución de 28 de mayo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 5.669 euros de multa, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

2.- Anular la referida resolución en cuanto declara la responsabilidad de la empresa recurrente en la comisión de la infracción sancionada y le impone la consiguiente multa, por ser en estos extremos contraria a Derecho.

3.- Condenar al pago de las costas de esta instancia a la Administración demandada".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, la Abogacía del Estado, ante la Audiencia Nacional manifestó su intención de interponer recurso de casación, y la Sala tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, se ha personado como recurrente en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma, así como Alluitz Motor SL y Seat SA en calidad de recurridas.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera, por Auto de fecha 31 de octubre de 2019 acordó:

1º) Admitir el recurso de casación n.º **4227/2019** preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 580/2015.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia que los interpreta, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria (como pueda ser un cártel), o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

3º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".



QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 30 de diciembre de 2019, en el que expuso los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero.- Sobre la sentencia recurrida, de 26 de marzo de 2019, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y su razonamiento o doctrina (*Ratio Decidendi*) sobre la interpretación de los artículos 1, 61.1 LDC y 101 TFUE en el recurso interpuesto contra la resolución de la CNMC.

Segundo.- Sobre la preparación del recurso de casación y el Auto de Admisión del recurso de casación. Cuestión de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia seleccionada en dicho Auto.

Tercero.- Sobre la sentencia recurrida. Infracción de los artículos 1, 61.1 LDC y 101 TFUE. Interpretación y aplicación de los mismos contraria a doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y del Tribunal General de la UE. Doctrina correcta que se postula en este recurso.

Cuarto.- Sobre la sentencia que debe resolver este recurso una vez fijada jurisprudencia: sobre el *ius litigatoris* tras fijar jurisprudencia.

Y termina suplicando se dicte sentencia en la que, con estimación de este recurso, se fije jurisprudencia, en el sentido de que constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel e intercambio de información cuando esa empresa no comercializa productos en el mercado principal de referencia pero sí participa en un mercado conexo de ese mercado principal de referencia y, por tanto, debe ser sancionada; o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho, y con arreglo a dicha doctrina:

"1. Case y anule la sentencia recurrida para, en su lugar dictar nueva sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, confirmando la resolución de 28 de mayo de 2015, de la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0471/13, "Concesionarios AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN" por ser ajustada a Derecho.

2. o, con arreglo a dicha doctrina que se fije, y de considerar que la sentencia recurrida no entra a analizar si ha quedado o no, debidamente acreditada la participación de la empresa recurrente en tales reuniones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.1, último inciso de la LJCA, dicte sentencia por la que ordene la retroacción de las actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia, al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, se dicte una nueva sentencia que resuelva lo que proceda respecto a los restantes motivos de impugnación planteados en la demanda, teniendo en cuenta la doctrina fijada".

Por otro lado, digo, considera que no es necesaria la celebración de vista pública, aunque no se opone a ella de considerarla necesaria la Sala.

SEXTO.- Concedido plazo a las recurridas para oposición, el trámite fue evacuado por la representación procesal de Alluitz Motor S.L., mediante escrito de 21 de febrero de 2020, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala resuelva este recurso por medio de sentencia que desestime el recurso, con expresa condena en costas a la recurrente.

Por Diligencia de Ordenación de 27 de febrero de 2020, y transcurrido el plazo concedido a la recurrida SEAT S.A. para oponerse al recurso sin que por la misma se haya presentado escrito alguno, se tiene por precluido el trámite respecto a dicha parte.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 13 de octubre de 2020, fecha en la que ha tenido lugar por vía telemática por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, Reales Decretos de prórroga del mismo, y los correspondientes acuerdos del Consejo General del Poder Judicial y de la Sala de Gobierno del este Tribunal, resulta suspendido el plazo para dictar sentencia, demorándose su redacción, transcripción, firma y notificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto litigioso y la sentencia de instancia.

El presente recurso de casación se interpone por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019 (recurso 580/2015), en la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Alluitz Motor,



S.L., contra la resolución de 28 de mayo de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) -Expdte. S/0471/13 "Concesionarios Audi/Seat/Vw"- , mediante la cual se le impuso una multa de 5.669 Euros al considerar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, ambas de Defensa de la Competencia, y del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en su participación en un cártel en el que se adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución de vehículos a motor.

Considera la sentencia aquí impugnada, dictada por la Audiencia Nacional, que no ha quedado acreditado que la sociedad ahora recurrida, Alluitz Motor, S.L., haya intervenido en el cártel de referencia ni es responsable de la conducta que se le imputa. Desde esta perspectiva razona la Sala de instancia que no se dedica a la distribución de vehículos nuevos de las marcas Seat. Audi y Volkswagen, sino que su actividad se circunscribe "(...) a la reparación de vehículos a motor de las marcas Audi y VW y a la venta de accesorios y recambios".

Razona la Sala que desde el momento que la mercantil recurrente - como reconoce de forma expresa en la resolución- no es una empresa que compite en el mercado de distribución de turismos de las marcas reseñadas y tomando en consideración la definición de la infracción contenida en la resolución de la CNMC recurrida y la configuración del "elemento subjetivo requerido" concluye que "resulta indudable que (Alluitz) no pudo cometer la concreta infracción imputada", con la consiguiente estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada en cuanto a la responsabilidad de la entonces recurrente Alluitz , S.L., y la imposición de la correspondiente multa.

SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación.

El Abogado del Estado formula su recurso de casación denunciando la infracción de los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con el artículo 101.1 TFUE, por razón de su interpretación y aplicación contraria a la doctrina de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, con cita de la STS de 1 de abril de 2016 (RC 3691/2013) y 18 de julio de 2016 (RC 2946/2013) y del Tribunal General de la UE, Sentencia de 10 de noviembre de 2017 (Asunto C-180/15) y 22 de octubre de 2015 (Asunto C-194/14), al haber considerado la sentencia impugnada que la empresa sancionada no había desarrollado la conducta infractora típica que había determinado la sanción. Y ello porque los preceptos citados, en atención a las circunstancias concurrentes, permiten aplicar la LDC a las empresas que participan en acuerdos colusorios aún sin estar presentes en el mercado principal afectado.

La infracción denunciada se produce, según alega, por fijarse en la sentencia impugnada una doctrina contradictoria respecto de la aplicación de los artículos 1 y 61.1 LDC (y 101 TFUE), a la actuación de empresas que participan en acuerdos colusorios sin estar presentes en el principal mercado afectado. Y desde esta perspectiva razona que al contrario de lo que afirma la sentencia recurrida, para realizar las acciones u omisiones tipificadas como infracciones no resulta necesario comercializar productos en el mercado principal de referencia, ni desde un análisis teórico de la aplicación del art. 1 LDC y 101 TFUE.

Invoca las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de uva y vinos de Jerez*) sobre participación en la conducta colusoria de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, y de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013) en la que se casó la sentencia de la Audiencia Nacional, de 14 de octubre de 2013, que había exonerado de responsabilidad a la empresa Bofill Arnán S.A., basada en la neta separación de actividades entre dicha empresa y la de Bcn Aduanas y Transportes.

En la misma línea, trae a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15, ICAP y otros c. Comisión sobre *Derivados sobre tipos de interés en yenes*) que aplica la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (AC- *Treuhand/Comisión*, C-194/14 P) recordando que:

"(97) (...) no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos (...) y que " (103) Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada)".



Y concluye el TGUE que garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada, comprende la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia, aunque dicha contribución no se refiera a una actividad económica que forme parte del ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse.

En segundo lugar, alega que la sentencia fija una doctrina sobre las normas infringidas que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, en tanto sienta un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no comercializan productos en el mercado principal de referencia.

Finalmente, la Abogacía del Estado concreta la cuestión revestida de interés casacional objetivo en los siguientes términos: "(...) la determinación de si la intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, cuando dicha empresa no comercializa productos del mercado principal de referencia, y sí de un mercado vinculado o conectado al mismo, puede revestir los caracteres de tipicidad del artículo 61.1 LDC para considerarse infractora del artículo 1 LDC y 101 TFUE y por ello merece ser sancionada o se trata de una conducta impune por ser atípica".

TERCERO.- La admisión del recurso de casación.

El Abogado del Estado impugna la sentencia que estima el recurso interpuesto por Alluitz Motor S.L al considerar que el mero conocimiento de la dinámica de funcionamiento del cártel no constituye título de imputación de responsabilidad suficiente si la empresa no compite en el mercado principal de referencia. Y, sobre este particular, argumenta el Abogado del Estado, en resumen, que se trata de un asunto especialmente relevante, solicitando que esta Sala Tercera fije jurisprudencia a fin de determinar si la intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE.

Asimismo subraya la existencia, en la sentencia que aquí recurre, de una doctrina contradictoria con la sentada por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de Uva y Jerez*) y de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013, *Bofill Arnán y BCN Aduanas y Transportes*), así como con la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15) que aplica la doctrina de la previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*). Lo que subraya, básicamente, el Abogado del Estado por lo que concierne a estas sentencias es que, en ellas, se parte de la irrelevancia del mercado en que operen las partes cuando se trata de sancionar conductas anticompetitivas, esto es, que la participación en acuerdos colusorios y su sanción no se refiere únicamente a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia.

En definitiva, parece necesario un pronunciamiento de esta Sala a fin de aclarar el grado de imputación de responsabilidad, o su exclusión, de las empresas que, participando o conociendo de la existencia de un cártel, no operan, sin embargo, en el mercado principal afectado por las prácticas colusorias.

CUARTO.- La cuestión que plantea interés casacional.

El Auto de 31 de octubre de 2019 de la Sección de Admisión declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia que los interpreta, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria (como pueda ser un cártel), o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

QUINTO.- Precedentes y doctrina jurisprudencial.

A) Planteamiento.

Han quedado expuestos los antecedentes de este asunto y las razones por las que se ha admitido el recurso de casación, que en principio se circunscribe a la cuestión que presente interés casacional en los términos que se acaban de recoger. En definitiva, aclarar el grado de responsabilidad, o su exclusión, de las empresas que, participando o conociendo de la existencia de un cártel, no operan, sin embargo, en el mercado principal afectado por las prácticas colusorias.

B) Los precedentes del Tribunal Supremo.



La cuestión suscitada en el presente recurso de casación ya ha sido examinada y resuelta por esta Sala en la Sentencia de 21 de mayo de 2020 dictada en el recurso 7880/2018, razón por la cual hemos de reiterar la argumentación allí expuesta.

Recordamos entonces que la sentencia precedente más relevante a los efectos de examinar el alcance del presente recurso es la dictada por esta Sala el 1 de abril de 2016 en el recurso de casación núm. 3691/2013.

Dicha sentencia dice, en lo que ahora interesa:

"TERCERO.- (...) la resolución anulada considera que Bofill Arnan S.A. es infractora directa, a título personal y no por derivación solidaria de responsabilidad, de la infracción sancionada, porque al igual que BCN participó en el cartel de empresas del transporte, distorsionó el mercado y se benefició del mismo.

La sentencia impugnada tiene por acreditado que Bofil Arnan S.A., que fue la empresa recurrente en la instancia, y BCN Aduanas y Transportes S.A., comparten la misma sede social, los mismos accionistas, la misma estructura y composición de Consejo de Administración, y en la época objeto de las actuaciones administrativas el mismo Director General, por lo que consideró que estaban sujetas a una misma dirección y formaban parte del mismo grupo empresarial, si bien ninguna de las dos empresas tenía un control sobre la otra, y como las prácticas anticompetitivas se produjeron en el ámbito del sector del transporte por carretera, en el que no actuaba la empresa recurrente, cuyo ámbito de actividad estaba limitado al sector del transporte marítimo y aéreo, estimó que los datos de unidad de dirección e integración en el mismo grupo empresarial eran *"insuficientes para declarar la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente por la actuación desarrollada por la otra empresa"*.

El artículo 61 LDC, en su primer apartado, considera sujetos infractores a las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley y, al lado de esta declaración de responsabilidad por actos propios, el apartado segundo del mismo precepto también contempla la posibilidad de imputación por actos ajenos, al señalar que también será imputable la actuación de una empresa a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. La sentencia impugnada estimó que en el presente caso no concurrían elementos suficientes para declarar la responsabilidad de la empresa recurrente por actos de otra empresa, pero al realizar dicho análisis confundió el título de imputación de la resolución sancionadora, que no había considerado a la empresa recurrente responsable por la actuación de otra empresa, de conformidad con el artículo 61.2 LDC, sino que declaró la responsabilidad de la empresa recurrente contemplada en el artículo 61.1 LDC, por estimar que había realizado por sí misma las acciones descritas como infracciones en la LDC. (...)

Pero no solamente Bofill Arnan, S.A. estuvo presente, a través de su Director General, en las reuniones de coordinación del cartel, sino que también intervino en la ejecución de alguno de sus acuerdos y participó de los beneficios que procuraban determinadas prácticas anticompetitivas.

Aunque ya hemos indicado que el cartel tenía por objeto acordar conductas en el ámbito del sector del transporte de mercancías por carretera, sin embargo en su seno se adoptaron unos acuerdos en los que participó también la empresa recurrente, a pesar de que su actividad se desarrollaba en los sectores diferentes del transporte marítimo y aéreo.

Los acuerdos adoptados por los empresarios en el cartel, en los que participaron Bofil Arnan, S.A. y BCN Aduanas y Transportes, S.A., a través de su representante común, el Director General de ambas empresas, se referían a las siguientes cuestiones principalmente: a) recargo por incremento del carburante, b) incremento anual de tarifas en función del IPC, c) repercusión por el pago de peajes y d) pacto de no agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cartel, y así como los tres primeros pactos parecen restringidos por su naturaleza a las empresas de transporte terrestre de mercancías, el último pacto, que se hizo efectivo a partir de la reunión de 3 de marzo de 2005, manteniéndose desde entonces vigente hasta que finalizaron las reuniones del cartel, no se limitó específicamente a dicho sector del transporte terrestre, sino que se aplicó -y benefició- a todas las empresas que participaban en el cartel, incluida la empresa recurrente.

La sentencia recurrida incorpora en su narración de hechos probados las referencias precisas de reuniones en las que participó la representación de la empresa recurrente y se adoptaron acuerdos relativos a la no contratación de empleados de otras empresas participantes en el cartel.

Todos los anteriores datos fácticos son suficientes para sostener la responsabilidad de la empresa recurrente por sus propios actos, que la resolución sancionadora de la CNC consideró constitutivos de infracciones de la LDC.



Como afirma el Abogado del Estado, Bofill Arnau S.A. es infractora directa, a título personal y no por derivación solidaria de responsabilidad, de la infracción sancionada, porque al igual que BCN Aduanas y Transportes S.A., participó en el cártel, distorsionó el mercado y se benefició de dicha participación.

Estimamos, por tanto, que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 61.1 LDC, como denuncia el motivo único del recurso del Abogado del Estado, al no haber apreciado la responsabilidad de la empresa recurrente por su intervención en los hechos que declaró acreditados.

También la Abogacía del Estado invoca la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de uva y vinos de Jerez*) sobre participación en la conducta colusoria de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en la que se examinó y reconoció la posibilidad de declarar responsable de realizar una práctica anticompetitiva a un órgano de la Administración Pública.

C) La doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal General de la Unión Europea.

La Abogacía del Estado hace hincapié en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15) que aplica la doctrina de la previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*).

Así cabe destacar:

"97 Procede recordar que no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos (sentencia de 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand/Comisión*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 27).

(...)

100 Además, cuando se trata de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand/Comisión*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 30 y jurisprudencia citada).

101 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se han concluido acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand/Comisión*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 31 y jurisprudencia citada).

102 Si bien el Tribunal de Justicia ha señalado que un "acuerdo" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, hace referencia a la manifestación de la voluntad concordante de las partes de comportarse en el mercado de una forma determinada y que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una "práctica concertada" en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común, de estas consideraciones no se deriva que los conceptos de acuerdo y de práctica concertada presupongan una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes (sentencia de 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand/Comisión*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 32 y 33).

103 Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte



afectado por los términos de los pactos de que se trate (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada).

104 Ha de subrayarse también que el objetivo principal de la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, es garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada en el interior del mercado común y que su plena eficacia implica que comprenda la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia, aunque dicha contribución no se refiera a una actividad económica que forme parte del ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C- 194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 36 y jurisprudencia citada)".

SEXTO.- El examen del recurso de casación. Sobre el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

A la luz de los anteriores precedentes, conforme al planteamiento del auto de admisión y la cuestión que presenta interés casacional, atendidos los razonamientos del Abogado del Estado y la oposición de la parte recurrida, debemos examinar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional que anuló la multa impuesta a Alluitz Motor, SL por la resolución de la CNMC.

En la resolución anulada, la CNMC determinó la responsabilidad de Alluitz Motor, S.L., por sus propios actos, dirigidos a la consecución de los objetivos de la infracción sancionada, aunque esta empresa no estuviera presente en el mercado directamente afectado por el cártel (comercialización y distribución de vehículos marcas Audi, Vw y Seat, por consistir su actividad, según indica la propia resolución sancionadora, en "la reparación de vehículos de motor de las reseñadas marcas y en la venta de accesorios y recambios".

Por eso, aunque Alluitz Motor, SL no comercializara dichos vehículos, la resolución de la CNMC considera acreditado que había participado en la implementación de los acuerdos colusorios adoptados por los concesionarios de las referidas marcas desde 1995, interviniendo en diferentes ocasiones como se demuestran diferentes comunicaciones que versaban sobre la implementación de los acuerdos, relativos a aplicación de precios y descuentos realizados, todo ello con arreglo a información obrante en el expediente. Y esta conclusión se desprende del conjunto de elementos documentales que obran en el expediente de los que de forma lógica y razonable se desprende la intervención del recurrente en la conducta sancionada. Por lo tanto, la resolución de la CNMC concluye de forma razonada que Alluitz Motor, en fin, participó en el cartel de concesionarios de vehículos de las marcas Audi, Vw y Seat en la zona norte desde marzo de 2011 hasta junio de 2013.

No hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos.

La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE.

Se parte de la irrelevancia del mercado en que operen las partes cuando se trata de sancionar conductas anticompetitivas; esto es, que la participación en acuerdos colusorios y su sanción no se refiere únicamente a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia.

No cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate.

Resultaría así que la participación activa en una práctica restrictiva constituye un supuesto punible ex artículos 1 LDC y 101 TFUE, incluso si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, sea en este caso por su condición de partícipe en un mercado conexo.



Ante hechos similares, la sentencia recurrida, frente a la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013) declaró atípica la actuación de la empresa Alluitz Motor S.L., cuya participación en los actos constitutivos de la conducta colusoria, basada en una interpretación de los artículos 1 y 61.1 LDC respecto de la responsabilidad de las empresas que participan en dichas conductas sin estar presentes en el mercado afectado que no era correcta y además no tuvo en consideración que la resolución sancionadora si había valorado de forma expresa la actuación y la participación de Alluitz, S.L., en los mercados conexos.

Lo contrario permitiría sentar un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no intervienen en la distribución de vehículos en el mercado principal de referencia.

En definitiva, aunque la empresa sancionada no forme parte del mercado principal afectado, sino de un mercado conexo o relacionado, si su participación, como es el caso, facilitó la colusión, con independencia de que obtenga un beneficio explícito directo, pero cuya intervención, como quedó reseñado, beneficia al cártel, facilitando y colaborando en la implementación de los acuerdos colusorios, da lugar a la sanción impuesta, atendida la doctrina general que antes quedó expuesta.

Atendidas las circunstancias del caso relatadas en la resolución sancionadora y acreditadas en el expediente, la Sala "a quo", sin perjuicio del examen pormenorizado que ha hecho de este asunto, habría tenido que desestimar el motivo impugnatorio por resultar acorde con los artículos 1 y 61.1 LDC y 101 TFUE que una empresa que interviene en un cártel, con conocimiento de la dinámica de dicho cártel y facilita los acuerdos colusorios, como es el caso, es autora de una infracción en materia de competencia por la que debe ser sancionada, aunque participe en un mercado conexo con el mercado de referencia de la práctica colusoria. Sin que la condición de agente o participante en el mercado conexo pueda servir de eximente de responsabilidad cuando queda documentada la intervención activa de la empresa en las prácticas colusorias, como ha sucedido en este caso y resulta de la lectura de la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- Sobre la fijación de doctrina.

Atendidas los anteriores fundamentos debe fijarse la siguiente jurisprudencia sobre la cuestión de interés casacional objetivo: constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia, y cuya intervención activa en las prácticas colusorias debe ser corregida mediante la imposición de la correspondiente sanción, debiendo interpretarse en dicho sentido los artículos 1 y 61.1 LDC en relación con el artículo 101 TFUE.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación del Abogado del Estado y casar la sentencia recurrida.

OCTAVO.- El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC.

Al margen de las consideraciones que se han hecho en los anteriores fundamentos de derecho al examinar la cuestión que ha dado lugar a la admisión del recurso de casación, resulta necesario examinar las restantes alegaciones deducidas en la demanda, que giran en torno a la quiebra de la presunción de inocencia, del principio de tipicidad y de proporcionalidad. Y al respecto recordar, con la resolución administrativa, que, en efecto, la conducta desarrollada por Alluitz Motor, SL, encaja en la conducta descrita en el artículo 1 de la LDC, pues resulta acreditado que participó en la forma descrita en la implementación de los acuerdos colusorios, que ya han sido enjuiciados por la Audiencia Nacional en sus Sentencias desestimatorias, todas de fecha 26/3/2019, en los Procedimientos Ordinarios número 442/15, 447/15, 491/15, 504/15, 507/15, 508/15, 510/15, 512/15, 514/15, 516/15, 518/15, 520/15, 521/15, 522/15, 524/15, 525/15, 527/15, 531/15, 532/15, 534/15, 536/15, 537/15, 538/15, 543/15, 544/15, 545/15, 547/15, 550/15, 566/15, 581/15, 582/15, 584/15, 587/15, 588/15, 590/15, 591/15, 595/15, 596/15, 597/15, 607/15 y 611/15, sobre el mismo cártel.

En efecto, debemos descartar la infracción del principio de tipicidad y también la vulneración de la presunción de inocencia al comprobar que la resolución sancionadora se sustenta en un conjunto de elementos documentales de los que se infiere la participación de la mercantil recurrente en el entramado organizativo diseñado por el cartel, como ya hemos expuesto. Se trata de diferentes comunicaciones enviadas por personal de la empresa mencionada en la que se suministraba información concreta sobre la implementación y seguimiento del acuerdo colusorio e intercambio de información, como son explicaciones y justificaciones de los precios aplicados, descuentos, y condiciones comerciales a los efectos de evaluar el cumplimiento de lo pactado y en el ámbito del acuerdo de fijación de precios enjuiciado.

Finalmente aduce la recurrente la quiebra del principio de proporcionalidad. Pues bien, se observa que los criterios tenidos en cuenta para la determinación de la sanción se contienen detallados en la resolución recurrida y como señala el Abogado del Estado, las sanciones se encuentran significativamente por debajo



de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción.

Así, en la cuantificación de la sanción, la CNMC tiene en cuenta la gravedad de la infracción, el beneficio ilícito obtenido, el alcance y ámbito geográfico de la conducta -limitada, en el caso de Alluitz a la zona norte- características del mercado afectado y la concreta conducta desarrollada por la empresa dedicada a la reparación de vehículos y al suministro de accesorios, la organización y mecanismos de seguimiento de los acuerdos, todo ello en atención a los criterios jurisprudenciales de este TS, que lleva a la fijación de la cuantía "una vez situada el tipo de partida en el tramo inferior del arco sancionado".

Pues bien, en modo alguno puede decirse insuficiente la justificación de la cuantificación de la multa resulte pues atiende a los reseñados parámetros individualizados, volumen de negocios, el beneficio obtenido y la concreta participación de la empresa. De las actuaciones se desprende que la determinación de la suma se encuentra motivada y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación. Y no se acredita tampoco que la sanción económica sea desproporcionada, pues se fija un porcentaje que se ajusta y se adecua a las específicas circunstancias concurrentes del sancionado y a su participación en el cártel de concesionarios de la marca Audi de la Zona Norte desde febrero de 2011 hasta junio de 2013. Así, se parte del volumen de negocios total en el año 2014 que se sitúa en 944.800 Euros y se aplica un tipo sancionador del 0,60 % que se traduce en una multa por importe de 5.669 Euros.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Alluitz Motor SL, contra la resolución de 26 de mayo de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) -Expdte. S/0471/13 "Concesionarios Audi/Seat/Vw"- y la multa que se impone a Alluitz Motor S.L., por importe de 5.669 Euros.

NOVENO.- Sobre las costas.

Estimado el recurso de casación, de conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco procede la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico séptimo de esta sentencia:

- 1) Declarar HABER LUGAR al presente recurso de casación núm. **4227/2019** interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), contra la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso núm. 580/2015, que anulamos.
- 2) Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Alluitz Motor S.L., contra la resolución de 26 de mayo de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -Expdte. S/0471/13 "Concesionarios Audi/Seat/Vw", por ser ajustada a derecho.
- 3) Sin imposición de las costas de casación ni de las de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. **María Isabel Perelló Doménech**. -D. José María del Riego Valledor. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Fernando Román García. -Firmado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm^a. Sra. D^a. M^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.