



Roj: **STS 2037/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2037**

Id Cendoj: **28079130032021100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/05/2021**

Nº de Recurso: **3019/2020**

Nº de Resolución: **705/2021**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4392/2019,**
ATS 11818/2020,
STS 2037/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 705/2021

Fecha de sentencia: 19/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3019/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 3019/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 705/2021

Excmos. Sres. y Excma. 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

En Madrid, a 19 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3019/2020, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de diciembre de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 663/2015. Son partes recurridas Mazda Automóviles España, S.A., representada por el procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez y bajo la dirección letrada de D.^a Esther Santamaría García, y Seat, S.A., representada por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero y bajo la dirección letrada de D.^a Irene Moreno-Tapia Rivas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 23 de diciembre de 2019, estimatoria del recurso promovido por Mazda Automóviles España, S.A. contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 23 de julio de 2015, por la que se resolvía el expediente S/0482/13, anulándola resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la demandante. En la mencionada resolución administrativa se declara acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que se declara responsable, entre otras empresas, a Mazda Automóviles España, S.A., a la que se le impone una multa de 656.390 euros.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 4 de junio de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 11 de diciembre de 2020 por el que se admite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el mismo que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, acreditada la participación en una conducta colusoria, en este caso en un cártel, el hecho de que no se haya acreditado la participación o facturación de productos del mercado principal de referencia (0,0% de cuota de participación en la infracción, en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado), configura un supuesto de exención de la responsabilidad o se sitúa en el ámbito de la individualización de la sanción al responsable. Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 1, 61.1 y 64.1.a) de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación defendiendo en el correspondiente escrito que la sentencia recurrida contradice la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Termina dicho escrito con el suplico de que se dicte sentencia en la que, con estimación del recurso, se fije la jurisprudencia en el sentido que propugna en el fundamento jurídico tercero del mismo o en los que pueda considerar la Sección más ajustados a derecho y, con arreglo a la misma, 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, o, en caso de considerarlo necesario y suficientemente justificado, anule la sentencia recurrida y proceda a la devolución de los autos al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia que resuelva lo que proceda respecto a la proporcionalidad e individualización de la sanción planteados en la demanda, teniendo en cuenta la doctrina fijada.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las partes recurridas, habiendo presentado la representación procesal de Mazda Automóviles España, S.A. en el plazo



otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso planteado, con expresa condena en costas a la recurrente, o, con carácter subsidiario:

(i) fije jurisprudencia en el sentido determinado en el motivo cuarto del escrito de oposición, convalidando, en consecuencia, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, o

(ii) en el supuesto de que el Tribunal estime el recurso planteado de contrario, anule la sentencia recurrida y proceda a la devolución de los autos a los efectos de que y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se dicte una nueva resolución por la que se resuelvan las alegaciones de falta de proporcionalidad e individualización de la sanción y las relativas a la vulneración del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia planteados en la demanda, o

(iii) y si fuera que la Sala en las sentencias que se dicten en los procedimientos testigo, de estimar los recursos de casación, fijara jurisprudencia a fin de aclarar que los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro no pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias, aplique esa jurisprudencia al expreso objeto de resolver la inexistencia de cártel o de infracción colusoria de la que se hace responsable a Mazda en el expediente S/0482/13, o

(iv) y de resultar desestimados los procedimientos testigo resuelva las alegaciones planteadas en el escrito de demanda que han quedado imprejuizadas en la instancia y que se concretan en (i) la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta a Mazda y (ii) la infracción de lo establecido en el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia para la determinación de la base de cálculo sobre la que la CNMC ha aplicado la sanción y, en tal caso, dicte sentencia por la que:

(a) se declare la absoluta falta de proporcionalidad de la sanción impuesta por la CNMC a Mazda y de imposible cálculo al no constar en la resolución dictada por la CNMC criterios objetivos y parámetros de diferenciación que permitirían la correcta individualización de las sanciones, en función del grado de participación de las diferentes marcas; se ordene dejar sin efecto la sanción administrativa impuesta a Mazda y se decrete el reintegro y devolución de la cantidad de 656.390 euros abonados por la misma en concepto de pago de multa, más los intereses legales correspondientes y con expresa imposición de costas a la Administración demandada; o y con carácter subsidiario a esta pretensión:

(b) se revoque la resolución recurrida, por ser contraria a derecho al calificarse la actuación de Mazda como constitutiva de infracción muy grave, sustituyendo tal calificación por la de grave y declarando, en su consecuencia, su prescripción, al haber transcurrido los plazos legales para la incoación del expediente bajo la calificación de las conductas imputadas como graves; y también con carácter subsidiario de esta última pretensión,

(c) de mantenerse por la Sala la calificación de la conducta imputada a Mazda como muy grave, se modifique la sanción impuesta, atemperándola y moderándola sobre criterios de racionalidad coherentes con el principio de proporcionalidad, por debajo del 0,10%, en tanto que ese porcentaje es el menor de los aplicados por la CNMC en la resolución sancionadora, partiendo de la base de que la cifra de negocio de Mazda acreditada en el último de sus ejercicios sociales cerrados sobre los que opera el cálculo de la sanción -esto es, aquél de fecha 31 de marzo de 2014- asciende a la cantidad de 126.855.181 euros; y todo con los pronunciamientos que correspondan en materia de reintegro parcial de la multa ya abonada por Mazda, liquidación de intereses por ingresos indebidos con causa en esa sanción pecuniaria y pronunciamiento en régimen de costas procesales.

No ha presentado escrito la representación procesal de Seat, S.A., por lo que se ha tenido por caducado el trámite.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 9 de abril de 2021 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 27 de abril del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente procedimiento la sentencia de 23 de diciembre de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo entablado por la compañía mercantil Mazda Automóviles España, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015, que le impuso una multa de 656.390 euros por su participación en un cártel de empresas distribuidoras de automóviles, debido a que según la citada resolución, la cuota de participación de la recurrente en la infracción era de 0,0%.



El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 11 de diciembre de 2020, en el que se declara de interés casacional determinar si, acreditada la participación en una conducta colusoria, en este caso en un cártel, el hecho de que no se haya acreditado la participación o facturación de productos del mercado principal de referencia (0,0% de cuota de participación en la infracción, en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado), configura un supuesto de exención de la responsabilidad o se sitúa en el ámbito de la individualización de la sanción al responsable.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, sostiene que ha quedado acreditada la participación de la recurrente en el cártel, por lo que debía ser sancionada, aunque no se haya acreditado la participación o facturación de productos en el mercado de referencia durante el período de la conducta imputada, criterio que sirve para ponderar la sanción, pero que no le exime de la infracción.

La mercantil Mazda sostiene que la Administración no puede ahora formular alegaciones que no expuso en el recurso de instancia, en la que no respondió a la cuestión referente a la nula participación de Mazda en la infracción que se sancionaba. Además, rechaza que participara en la conducta infractora por la que fue sancionada, por lo que en caso de que la Sala entrase en el fondo de la litis, procedería devolver los autos a la Audiencia Nacional para que ésta se pronunciara sobre el resto de las alegaciones formuladas en la instancia.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida razona la estimación del recurso *a quo* con los siguientes fundamentos:

" **SEGUNDO.**- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., como la empresa, constituida en febrero de 2000, cuyo objeto social es la distribución, venta, comercialización o alquiler de automóviles, camiones, tractores, así como de componentes o partes, accesorios y equipos para todos ellos de la marca MAZDA.

[...]

Precisa que las mercantiles incoadas llevan a cabo la distribución mayorista, es decir, la venta al concesionario de los automóviles de sus respectivas marcas, los cuales son distribuidos a nivel minorista (venta al cliente final) por su red oficial de concesionarios mediante un esquema de distribución selectiva. Esto supone que el concesionario/distribuidor minorista vende el automóvil al cliente final en calidad de empresa independiente, en nombre y por cuenta propia.

[...]

El mercado geográfico coincide con todo el territorio español, si bien considera la resolución recurrida que es susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario "... *dado que compartimenta el mercado nacional*".

Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían la facilitada por SEAT, S.A., en su solicitud de exención de pago de la multa, y la obtenida por la Dirección de Competencia tanto en las inspecciones realizadas días 23 a 26 de julio de 2013 en las sedes de las empresas NISSAN, RENAULT, SNAP-ON y TOYOTA, así como la reflejada en las contestaciones de las empresas incoadas a los requerimientos de información que se les formularon a lo largo del expediente administrativo.

Tales pruebas pondrían de manifiesto que las empresas participantes llevaron a cabo intercambios de información comercialmente sensible sobre tres aspectos concretos:

[...]

Considera la CNMC que estos intercambios de información comercial comprendían numerosos datos, y se refiere en particular a la rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; a los márgenes comerciales y la política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; a las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes; a las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; a las campañas de marketing al cliente final; y a los programas de fidelización de sus clientes.

De este modo, aprecia la existencia de un acuerdo, que califica de complejo, así como la participación de las diferentes empresas incoadas al señalar que AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW habrían intervenido en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos; y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y



PORSCHE, en uno, en la forma que refiere al pronunciarse luego sobre la conducta imputada a cada uno de los fabricantes.

[...]

Todas estas consideraciones, sustentadas en las pruebas que relaciona la misma resolución impugnada, llevan a la CNMC a considerar que las empresas incoadas habrían cometido una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 TFUE y constituida por el intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada, como parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y posventa, todo ello desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013.

Entiende que la información intercambiada entre las sancionadas cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por las empresas mediante su red de concesionarios, y así la venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales.

Y advierte de la existencia de un cártel al concurrir los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC.

En particular, y respecto de la empresa ahora recurrente, la Comisión consideró acreditada su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de postventa y marketing desde marzo de 2010 hasta febrero de 2012.

TERCERO.- Teniendo presentes esta responsabilidad que se atribuye a la mercantil actora y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede analizar los motivos en los que fundan su impugnación.

El primero de tales motivos incide en la caducidad del expediente que se habría extendido desde su incoación, el 30 de agosto de 2013, hasta su notificación a las recurrentes el 28 de julio de 2015.

Considera que la aplicación del criterio mantenido por esta misma Sala en sentencia de 25 de enero de 2016 recaída en el recurso núm. 570/2013, y en otras anteriores que cita, sobre ineficacia de las suspensiones adoptadas con posterioridad al transcurso del plazo de 18 meses a que se refiere el artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, determina necesariamente la caducidad del expediente sancionador.

Sin embargo, ha de decirse que este criterio ha sido corregido por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 2016, recurso de casación núm. 3811/2015, así como en otros pronunciamientos posteriores, que acogen igual interpretación.

Puesto que la alegación de caducidad se justifica en la aplicación de la doctrina rectificada, el motivo debe ser rechazado sin necesidad de otras consideraciones.

CUARTO.- En cuanto a los restantes motivos del recurso, sostiene la entidad recurrente que no existe la pretendida infracción única y continuada por la que se la ha sancionado.

Denuncia además el error en la valoración de la prueba en la que habría incurrido, a su juicio, la CNMC al apreciar la responsabilidad de MAZDA.

Y considera que la sanción resulta desproporcionada atendida su participación en los hechos.

Es precisamente la cuota de participación que la resolución atribuye a MAZADA ESPAÑA S.L. en la infracción única y continuada que le imputa la primera de las cuestiones a analizar porque, sorprendentemente, esa cuota es del 0,0%.

En efecto, en el apartado 7.4 del fundamento de derecho séptimo, bajo la rúbrica Individualización de las sanciones, advierte la resolución que *"El factor determinante, de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, viene constituido por la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, que está relacionada directamente tanto con el volumen del mercado afectado por la infracción como con la duración de la conducta de cada empresa"*.

Tras describir como se ha determinado el mercado afectado, incluye un cuadro con dos columnas en las que refleja, respectivamente, dicho valor y lo que denomina Cuota de participación en la conducta, que identifica con *"... el porcentaje o cuota de participación de cada una de las empresas en la infracción en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado"*.

Pues bien, ese porcentaje, como anticipábamos, es del 0,0% en el caso de MAZDA ESPAÑA, S.L., como pone de manifiesto esta entidad en su demanda cuestionando que *"una cuota de participación en la conducta estimada en un 0,0% pueda dar lugar a la imposición de una sanción"*.

Ha de decirse que, pese a lo razonable de esta objeción, nada se dice al respecto en la contestación a la demanda.

Entendemos, además, que no corresponde a la Sala, ante la claridad del dato, buscar explicaciones alternativas en lo que constituiría una interpretación claramente perjudicial al sancionado (como podría ser la existencia de un error material que no es, desde luego, evidente, ni se ha invocado por la parte a quien correspondería hacerlo; o la consignación de un solo decimal en la cuota de participación, y que este fuera superior a cero e inferior a una décima; o cualquier otra).

En todo caso, el propio reconocimiento por la CNMC, a la que corresponde apreciar la existencia de la conducta infractora y su gravedad, de que el porcentaje o cuota de participación de la entidad recurrente en dicha conducta ha sido del 0,0%, obliga a concluir que MAZDA ESPAÑA, S.L., no tuvo responsabilidad en la infracción y por lo tanto no puede ser sancionada." (fundamentos de derecho segundo a cuarto)

TERCERO.- Sobre la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Como puede deducirse del último de los fundamentos que se acaban de reproducir, la Sala de instancia justifica el fallo estimatorio en la circunstancia de que, de acuerdo con la propia resolución sancionadora, la cuota de participación de la mercantil sancionada en la conducta infractora en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada era del 0,0%. Y tal circunstancia la valora en un doble sentido, procesal y material (dos últimos párrafos del fundamento cuarto): desde una perspectiva procesal, en que a la alegación de la parte relativa a ese porcentaje nulo de participación la Administración no opuso ninguna respuesta; y desde una perspectiva sustantiva, en que la atribución del citado porcentaje de participación implica que Mazda no tuvo responsabilidad en la infracción.

Sin embargo y como vamos a ver, la Sala se confunde en ambos casos. En lo que respecta a la falta de respuesta y la afirmación de la Sala que no le corresponde "buscar explicaciones alternativas en lo que constituiría una interpretación claramente perjudicial al sancionado", hay que precisar que tal respuesta podría ser pertinente en caso de una disputa sobre hechos, pero no sobre la correcta interpretación de las normas aplicables al caso. En efecto, si una parte ha ofrecido determinados datos sobre una cuestión controvertida en un litigio y la contraparte no los rebate, el tribunal juzgador podrá aceptarlos, salvo que se trate de datos manifiestamente erróneos, pues podrá entender que el silencio supone el reconocimiento de que tales datos son ciertos y veraces. Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo en relación con la aplicación o interpretación del derecho, donde rige el principio de *iura novit curia* y donde el Tribunal no depende de las alegaciones de las partes para interpretar correctamente el derecho. Porque en el supuesto de autos no está en juego una cuestión de hecho, como quizás interpretó la Sala, que se refiere a un posible error material en cuanto al dato de una participación del 0,0% de la mercantil sancionada en la conducta infractora. Lo que está en debate es la consecuencia jurídica del referido porcentaje de participación, y no puede el órgano judicial sostener una interpretación jurídica errónea sostenida por una de las partes porque la parte adversa no haya contradicho adecuadamente tal error jurídico. Y en este caso lo que hay que dilucidar no es si es cierto o no el citado dato de la participación, sino si dicho dato exime o no a la empresa Mazda de la responsabilidad de la infracción por la que fue sancionada, lo que es una cuestión jurídica que forzosamente debe examinar la Sala, como efectivamente hace finalmente.

Pues bien, esa cuestión jurídica decisiva es respondida por la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"En todo caso, el propio reconocimiento por la CNMC, a la que corresponde apreciar la existencia de la conducta infractora y su gravedad, de que el porcentaje o cuota de participación de la entidad recurrente en dicha conducta ha sido del 0,0%, obliga a concluir que MAZDA ESPAÑA, S.L., no tuvo responsabilidad en la infracción y por lo tanto no puede ser sancionada."

Aunque dicho razonamiento se ofrece a mayor abundamiento, por las razones expuestas antes hay que considerar que el mismo constituye en realidad en la *ratio decidendi* de la estimación del recurso. Sin embargo, su conclusión es errónea. En primer lugar, está bien traída a colación la jurisprudencia que cita el Abogado del Estado. En efecto, es cierto que en una infracción por objeto, como lo es un cártel, no es preciso acreditar los efectos en el mercado, aunque sí la nocividad para el mismo de dicha infracción, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y este Tribunal Supremo. En relación precisamente con el concreto cártel por el que fue sancionada Mazda, lo hemos recogido en diversas sentencias en las que hemos desestimado por razones de fondo los recursos entablados por varias de las empresas distribuidoras de automóviles sancionadas (fundamentos cuarto y quinto de la STS 531/2021 -RCA 2681/2020-).

Pero, sobre todo, hemos reconocido también en nuestra sentencia de 26 de octubre de 2020 (RC 4227/2019) que una empresa puede ser sancionada por su participación en un cartel, incluso aunque no haya operado en el mercado principal de referencia, lo que tiene como consecuencia evidente que no ha participado en porcentaje



alguno en la infracción colusoria cometida en dicho mercado. Y ello tiene pleno sentido en la medida en que su participación en los hechos (reuniones, contactos, intercambio de información) haya facilitado y contribuido la comisión de la infracción, aunque su participación en el cártel no le haya supuesto un beneficio en el principal mercado de referencia. De manera análoga en el supuesto de autos la ausencia de ventas en el período en que Mazda participara en las actividades colusorias no implica que no fuese responsable de tal actividad infractora y contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, beneficiando y favoreciendo el éxito de la infracción. En aquella ocasión dijimos:

"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."

Pero es que, además, la Sala de instancia ha pasado por alto el hecho de que dicha participación del 0,0 % no implica que Mazda no operase en absoluto en el mercado de la distribución de coches en el período de su participación en el cártel, puesto que ese porcentaje aparentemente nulo no es sino un redondeo de una cifra con varios decimales. Así, en la tabla de la página 95 de la resolución de 23 de julio de 2015 se refleja el valor total de mercado afectado (distribución y comercialización de vehículos automóviles en España) durante el tiempo de participación de cada empresa en la conducta imputada (primera columna) y el porcentaje de participación de cada empresa en la infracción en función de sus ventas durante los meses de su participación (segunda columna); para el caso de Mazda, cuya participación fue de marzo de 2010 a febrero de 2012 (24 meses), el valor de mercado fue de 40.494.422 euros y su cuota, efectivamente, del 0,0 por ciento. Sin embargo, ello no supone una nula venta de vehículos, sino que es lo que resulta en porcentaje al reducir a un solo decimal su baja cuota de participación en relación con la de otros fabricantes, y hay que tener en cuenta además que, por mor de la proporcionalidad, afirma la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que "se ha reducido el porcentaje aplicado a las empresas cuya conducta haya tenido una duración inferior a la media y particularmente cuando ésta haya sido inferior a los 36 meses", como es el caso de Mazda. En definitiva, consta acreditado en los hechos probados que Mazda participó en uno de los tres foros de intercambio de información en que se materializó la actividad infractora, el Foro de Postventa, en los veinticuatro meses antes citados, actividad por la que se le sanciona y se gradúa su participación en la infracción colectiva de conformidad con los criterios mencionados. Luego, a la hora de graduar la sanción para las empresas partícipes del cártel se emplea el porcentaje de matriculación en 2013 (0,7% Mazda, tabla página 98) y el volumen de negocios en el año anterior a la imposición de la multa (tabla página 99), según previene el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia.

CUARTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho hemos de casar la sentencia recurrida. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que al apreciar la falta de responsabilidad infractora de Mazda en razón del referido porcentaje de participación, la Sala no entró en varias alegaciones formuladas por la recurrente sobre su participación en los hechos, pues Mazda niega tanto que existiera un cártel y que los hechos considerados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia constituyeran una infracción única y continuada, como su participación en cualquier tipo de conducta colusoria. Aduce a este respecto que su participación en los contactos con las restantes empresas fue con empleados sin poder de representación y que los datos facilitados por Mazda fueron absolutamente irrelevantes. Pues bien, aunque esta Sala ya se ha pronunciado en los recursos presentados por las demás empresas sancionadas sobre la existencia del cártel (STS 531/2020 y demás posteriores), no podríamos en sede casacional abordar la cuestión de la participación de la empresa Mazda en los hechos, cuestión fáctica que requiere una valoración probatoria que debe ser efectuada con todas las garantías por la Sala de instancia, como reclama con carácter subsidiario la propia recurrente en el punto ii de su suplico.



Procede, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y retrotraer las actuaciones a la Sala de instancia para que, desechando la alegación relativa a la relevancia del porcentaje de participación del 0,0% reflejado en la tabla de la página 95 de la resolución sancionadora que se ha descartado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia y teniendo presente la jurisprudencia de esta Sala en relación con el cartel de fabricantes y distribuidores de automóviles que se ha reflejado en la sentencias dictadas en los recursos formulados por el resto de las empresas sancionadas (STS 531/2020 y posteriores), examine el resto de las alegaciones aducidas por la actora en su recurso contencioso administrativo, y muy particularmente las relativas a su participación en los hechos.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 23 de abril de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 663/2015.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Retrotraer las actuaciones del citado recurso contencioso-administrativo al momento inmediatamente anterior al de dictarse sentencia para resolver el mismo.
4. No imponer las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.