

Roj: **SAN 437/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:437**Id Cendoj: **28079230062014100071**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **30/01/2014**Nº de Recurso: **202/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de enero de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 202/12, seguido a instancia de "**Motorbike** World Granada SL", representada por el Procurador de los Tribunales D^a M^a del Carmen Palomares Quesada, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido en calidad de codemandada, la mercantil Motofunción SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Soto Fernández. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una empresa con sede en Granada dedicada a la venta de motocicletas, recambios, y accesorios. Es concesionario oficial de motocicletas Suzuki desde julio de 2005 en la provincia de Granada y comercializa también la marca Triumph. Es conocida en el mercado con la marca JMOTO.
2. El 16 de enero de 2008, la recurrente y Motos Andrés, acordaron remunerar a sus agentes en función del número de motocicletas que vendieran, siendo esta cantidad adicional al 50% del margen del concesionario que ya pagaban al agente.

El 18 de enero de 2008, el delegado de la mercantil Suzuki para las zonas Centro y Sur, reenvía al líder de ventas de Suzuki, un correo electrónico con copia al administrador de JMOTO, en el que le informa de las acciones comerciales que la recurrente estaba acometiendo, destacando lo siguiente:

- Admite que el 16 de enero de 2008 mantuvo una reunión con el representante de Motos Andrés, acordando dar un escalado de dinero a los agentes por la venta de motos durante el primer trimestre, de acuerdo con los siguientes criterios: aparte del 50% del margen de cada uno, 20€ por la venta de una moto, 30€ por la venta de dos motos, 40€ por la venta de 3 motos, y así hasta la 9 motos, que implica el pago de 100 euros al agente, y ello, sin importar modelo o cilindrada.

En mayo de 2008, la recurrente, Suzuki, y Motos Andrés, llegaron a un acuerdo de precios de reventa de las motocicletas Suzuki, sus promociones y la comisión a pagar a los agentes por las ventas que se realizaran, tal y como se acredita por un correo electrónico de 23 de mayo de 2008, enviado por Suzuki a la recurrente, en la que tras subrayar que se trata de un acuerdo tripartito "que espera que se cumpla, por se la única forma de lograr los objetivos que todos se habían propuesto", éste se concreta en los siguientes puntos:

-se ofrece a todos los subagentes una comisión del 60% del margen del concesionario.



-a partir del mes de junio de 2008, se unifica la tarifa de precios de Suzuki para las tiendas y cualquier promoción que se haga debe ser consensuada entre los dos concesionarios.

El 13 de abril de 2009, Suzuki celebra una reunión con sus concesionarios de Granada, en la que modificaron detalles del acuerdo, como revela un correo electrónico interno de Suzuki, en la que concretaron sus acuerdos comunes, en concreto para hacer promoción de UH 200 regalando la matriculación y un candado.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha de de adoptó las siguientes decisiones:

a) Declarar que Suzuki Motor España SA y, entre otras entidades,

Motorbike Wolrd Granada (JMOTO), han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, al incurrir en un acuerdo colusorio consistente en pactar el importe de las comisiones pagadas a los agentes y los descuentos y promociones que habitualmente forman parte de la negociación individual entre concesionario y cliente

b) Imponer a la entidad recurrente una multa de 77.963 euros

c) Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Infracción de normal procedimentales que determinan una violación del derecho a la tutela judicial efectiva:

-La CNC no es competente para conocer de una cuestión de índole regional que se desarrolla en Granada. La competencia sería de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, según se desprende del artículo 3.a) de la Ley 6/2007 de 26 de junio de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

-No se ha recabado el informe preceptivo del órgano autonómico a que se refiere el artículo 5.4 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. Violación del principio de presunción de inocencia:

-Las motocicletas de la marca Suzuki se venden en Granada a través de un sistema de distribución selectivo y exclusivo, mediante concesionarios con los que se ha firmado un contrato de concesión comercial.

-La actividad del concesionario se desarrolla con total autonomía, pero existe una subordinación técnica y económica en favor del concedente que determina importantes aspectos de la relación, como las zonas de venta, el stock de repuestos que debe mantener, la determinación del precio de reventa, y la participación en las ganancias.

-Estima que los precios aplicados por la recurrente y Motos Andrés son distintos en cada una de sus ventas por lo que niega la existencia de un acuerdo y hace el siguiente desglose:

*Los precios de las 7 motos GSR600 vendidas, fueron diferentes en todos los supuestos y un 10% más baratos en las ventas hechas por Motos Andrés.

*Las ventas del modelo UH200 tuvieron precios distintos, y Motos Andrés las vendió un 4% más baratas.

Considera que no hay violación del artículo 1 de la LDC, porque las actuaciones comerciales de la recurrente no impiden que lleguen ofertas competitivas al público sobre los mismos productos, y su conducta no es perjudicial para el derecho de los consumidores dada la posibilidad de que los clientes se trasladen a otras provincias para hacer sus compras.

Estima que las conductas sancionadas son de menor importancia, no han producido efectos dañinos para la competencia, e invoca la aplicación de la regla "de minimis".

3. Violación del principio de proporcionalidad:

-Invoca el artículo 61 de la LDC para concluir que en todo caso la infracción debería haber sido calificada como leve debido a la ausencia de defectos nocivos para el mercado.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:



1. En relación a las irregularidades procedimentales denunciadas, señala que: la CNC realiza un análisis del mercado que pone de manifiesto la dimensión nacional de la práctica denunciada, por lo que tampoco es preceptivo el conforme al que se hace referencia.
2. Respecto de la denunciada violación del principio de presunción de inocencia, señala que los hechos probados de la resolución ponen de manifiesto el carácter anticompetitivo de los acuerdos y que la prueba se ha valorado adecuadamente en la resolución recurrida. Subraya que la infracción prevista en el artículo 1 de la LDC, constituye una conducta que se sanciona por el objeto de la misma, sin tener en cuenta el resultado y se estima que el acuerdo es anticompetitivo cuando tiene por objeto la fijación de precios, limitación de la producción, o reparto de mercados.
3. En relación a la proporcionalidad de la sanción impuesta, estima que no ha existido infracción alguna, pues la conducta debe ser calificada como de muy grave. La sanción se ha calculado de acuerdo con la comunicación sobre cuantificación de sanciones de la CNC de 9 de febrero de 2009, detallando a continuación el procedimiento seguido en cada una de sus fases, y subraya que aplica un coeficiente de partida del 7%, inferior al 10% previsto en la Comunicación, lo que ya supone una atenuación. Estima que la multa debe tener un efecto disuasorio suficiente

CUARTO: El Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Soto Fernández, en la representación que ostenta, manifestó la voluntad de su representada de apartarse del presente procedimiento, a lo que la Abogacía del Estado manifestó su conformidad. Mediante providencia de 16 de abril de 2013 se la tuvo por allanada.

QUINTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:- Señalado el día 19 de noviembre de 2013 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, salvo la de dictar la sentencia en el plazo legalmente establecido, que son las del procedimiento ordinario, regulado en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 27 de marzo de 2012, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud se acordó:

1. Declarar que Suzuki Motor España SA y, entre otras entidades,

Motorbike Wolrd Granada (JMOTO), han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, al incurrir en un acuerdo colusorio consistente en pactar el importe de las comisiones pagadas a los agentes y los descuentos y promociones que habitualmente forman parte de la negociación individual entre concesionario y cliente

2. Imponer a la entidad recurrente una multa de 77.963 euros

3. Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones planteadas por la recurrente se refiere a las supuestas irregularidades cometidas por la CNC desde el punto de vista del ejercicio de su competencia para tratar el presente asunto, dado el carácter regional de la infracción. No podemos compartir la tesis de la recurrente en este extremo, pues, como se indica en la resolución recurrida y recuerda la defensa del Estado, una cosa es constatar que las concretas actuaciones de la recurrente se desarrollan y limitan a la provincia de Granada, y la otra es desconocer que la conducta objeto de sanción tiene un impacto y dimensión nacional. Así se razona en la resolución recurrida con un criterio que compartimos y que no ha sido desvirtuado por la recurrente, pues las conductas objeto de sanción afectan al mercado de vehículos de dos ruedas, distinguiendo dos mercados verticalmente relacionados, el de fabricación y distribución mayorista de vehículos de dos ruedas en el que está presente Suzuki y que se proyecta desde Madrid a todo el territorio nacional, y por otra parte, y como desarrollo natural del anterior, el de distribución minorista, en el que opera la empresa recurrente sin poder desvincularse del ámbito nacional de la conducta, por el hecho de limitar su intervención a un territorio determinado.



Así las cosas, tampoco resulta necesario el informe previsto en el artículo 5.4 de la Ley 1/2002, ya que la conducta sancionada, examinada en toda su dimensión, no se desarrolla fundamentalmente en una Comunidad Autónoma, pues, como hemos señalado, tiene ámbito e implicaciones nacionales.

Procede por lo tanto desestimar este motivo de recurso.

TERCERO: Mediante el segundo motivo de recurso, la entidad sancionada alega la violación del principio de presunción de inocencia, centrando su argumentación en un doble aspecto: la legalidad de su relación con Suzuki, que puede calificarse como la normal y lógica entre un concesionario y el titular de la marca, y por otra parte, la imposibilidad de constatar esa supuesta colusión a la vista de la falta de coincidencia de los precios ofertados por los distintos competidores de la recurrente, sobre los mismos productos. Si bien debe admitirse que ningún reproche puede formularse a las condiciones comerciales pactadas entre Suzuki y la recurrente, descritas por ésta última en su demanda como condiciones normales entre el concesionario y el titular de la marca, no lo son las concretas conductas descritas en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución, y más en concreto los pactos anticompetitivos celebrados entre las partes con participación destacada de la recurrente. La CNC ha cumplido con la carga de probar los hechos que se consideran suficientemente acreditados, mediante la aportación de los correos electrónicos reseñados, sin que la recurrente los haya impugnado. De los mismos se deduce sin dificultad, con su simple lectura, que existió el pacto colusorio, y que éste se refería a cuestiones directamente vinculadas con la fijación de precios de reventa, y a determinados aspectos como las comisiones de los agentes, o promociones, supuestos en los que el concesionario dispone de margen de maniobra, justamente para hacer más competitivo el sector.

En este contexto, debe tenerse presente que la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), se consuma por la existencia del pacto colusorio, con absoluta independencia de si éste se ejecuta o no o de los efectos que el mismo produce, ya que este tipo de infracción han sido calificados por una jurisprudencia unánime de los Tribunales de la Unión Europea, General y de Justicia, que vincula al Tribunal Supremo y Audiencia Nacional según se desprende del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, como infracción por objeto, es decir que se entienden cometidas por la acreditación del mero pacto, lo que ha ocurrido en este caso, dejando al margen su ejecución. Se entiende que los acuerdos descritos son anticompetitivos por su objeto habida cuenta de que por su propia naturaleza son aptos para restringir la competencia en el mercado., en los términos que, a título de ejemplo, indica la STJUE de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07, apartados 33 y 34, en los que se subraya que "los acuerdos ... pretenden esencialmente permitir que varias empresas apliquen una política común que tiene por objeto favorecer la salida del mercado de algunas de ellas y, consiguientemente, reducir el exceso de capacidad que afecta a su rentabilidad, impidiéndoles realizar economías de escala.

Este tipo de acuerdos choca manifiestamente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado. En efecto, el artículo 81 CE, apartado 1, prohíbe cualquier forma de coordinación que sustituya conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre los empresarios".

Así las cosas, procede desestimar también este motivo de recurso, pues por las razones expuestas, y atendida su naturaleza, tampoco es aplicable la regla de mínimis en atención al escaso impacto de la conducta podría haber tenido en el mercado.

CUARTO : El tercer motivo de recurso se refiere a la proporcionalidad de la sanción, pues estima la recurrente que debe ser calificada de leve dado el escaso impacto de la conducta en el mercado. Dejando al margen que las conductas que suponen acuerdos sobre precios son por su propia naturaleza muy graves, nuevamente en este caso, debemos remitirnos a la resolución recurrida, pues en la misma se detallan los pasos seguidos y criterios aplicados para la imposición de la sanción sin que se aprecie desproporción alguna. Debe destacarse que se ha seguido para el cálculo un procedimiento establecido con carácter general por las CNC para la imposición de sanciones, concretamente el establecido en la "Comunicación sobre la cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y 81 y 82 del TFUE, de 9 de febrero de 2009. Estas reglas prácticas, si bien no son normas jurídicas y por lo tanto no vinculan ni a las partes ni a este Tribunal, si permiten garantizar un trato igual y objetivo a todos los infractores, sin perjuicio de producir efectos jurídicos, exclusivamente contra la CNC, en caso de su infracción por ésta.

Los parámetros de duración de la conducta no han sido discutidos, y la resolución ha tenido en cuenta la distinta posición de las partes, por lo que, a pesar de calificar correctamente la conducta como muy grave, por tratarse de un acuerdo horizontal sobre precios entre competidores, ha distinguido entre la conducta de la entidad central y organizadora de la colusión y la de los participantes, en función de su grado de implicación y del ámbito de extensión de sus acuerdos, quedando el porcentaje de salida en el caso de la recurrente en un



6% sobre el montante base para el cálculo de la sanción, lo que ya supone una atenuación de la sanción, sin que por otra parte, se aprecie la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes..

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso en su integridad.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos.- los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**

el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma **no cabe recurso de casación ordinario.**

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.