



Roj: **SAN 2573/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2573**

Id Cendoj: **28079230062018100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/06/2018**

Nº de Recurso: **395/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000395 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03252/2017

Demandante: MOTOFUNCIÓN, S.L.

Procurador: D. FRANCISCO JAVIER SOTO FERNÁNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a catorce de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 395/17 promovido por el Procurador D. Francisco Javier Soto Fernández, actuando en nombre y representación de **MOTOFUNCIÓN, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de marzo de 2017, cuyo objeto es la ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, por las que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las empresas SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A. 1 (SUZUKI), CODISMOTO, S.L. (CODISMOTO), MOTOS ANDRÉS, S.L. (MOTOS ANDRÉS), MOTOSPORT VILLALBA, S.A. (MOTOSPORT), MOTOFUNCIÓN, S.L. (MOTOFUNCIÓN) y MOTORRAD CENTRO, S.L. (MOTORRAD) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 27 de marzo de 2012 (Expediente S/0237/10, MOTOCICLETAS). que impone una sanción de multa de 68.282 euros a MOTOFUNCIÓN.



ANTECEDENTES DE HECHO

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

" se anule y deje sin efecto el acto impugnado por esta parte.."

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Mediante auto de 20 de diciembre de 2016, se denegó el recibimiento del pleito a prueba y una vez declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 13 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 30 de marzo de 2017, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0237/10,MOTOCICLETAS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"...ÚNICO.- Imponer, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, y en sustitución de las inicialmente impuestas la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 (Expte. S/0237/10 MOTOCICLETAS), las siguientes multas a las siguientes compañías: -

MOTOFUNCIÓN, S.L., 68.282 euros "

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

Por Resolución de 27 de marzo de 2012, en el expediente S/0237/10 MOTOCICLETAS, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó:

"Primero. - Declarar que SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A. y las siguientes entidades: (MOTOREAC), MOTORRAD, SAIMOTO, MOTORSPORT VILLALBA, MOTOFUNCIÓN, CODISMOTO, MOTOS ANDRÉS, MOTORBIKE WORLD GRANADA (JMOTO) y DYTEMÓVIL, 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 expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Segundo.- Imponer las siguientes sanciones como autores de la infracción declarada en esta resolución a: SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A., 816.817€; MOTOFUNCIÓN S.L., 131.318€; MOTORECAMBIOS Y ACCESORIOS S.L. (MOTOREAC) 119.359€; a SAIMOTO MOTOR S.L. 103.056€; a MOTORRAD CENTRO S.L., 38.614€; a MOTORSPORT VILLALBA S.A., 12.848€; a CODISMOTO S.L., 22.322€; a MOTOS ANDRÉS S.L., 123.658€; a MOTORBIKE WORLD GRANADA S.L. (JMOTO), 77.963€; y a DYTEMÓVIL S.L. 11.504€.

Tercero.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número (256/2012) , concluyó mediante Sentencia de 24 de marzo de 2015 , estimó parcialmente el recurso interpuesto por MOTOFUNCIÓN contra la Resolución de 27 de marzo de 2012, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenándose a la CNMC que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con lo expuesto en su Fundamento Jurídico Octavo, en el que acoge los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 30 de marzo de 2017 ha impuesto una sanción a MOTOFUNCIÓN de multa de 68.282 euros.

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente, tras reproducir los criterios que ha tomado en consideración la resolución recurrida expone que la sanción carece de motivación ante la imposibilidad de conocer la cifra dada por la CNMC para el cálculo del Volumen de negocio en el mercado afectado (1.641.469 €) en contraposición con el volumen de negocio total (1.422.551 €).

A su juicio, no se entiende cómo para MOTOFUNCIÓN figura una cuantía de 1.641.469 euros de volumen de negocio en el mercado afectado, que a su vez se corresponde con un 9,1% en porcentaje, siendo esta cifra es mayor que el volumen de negocios total para el ejercicio 2011, 1.422.551 euros.

En segundo lugar, la falta de motivación se refleja en la existencia de distintos tipos sancionadores, que oscilan entre un 3,9% y un 6,4%, siendo la misma conducta la tipificada para todas las mercantiles, el mismo período temporal y sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, atenuantes o agravantes. Discute por ello que se le aplique un tipo sancionador del 4,8% del volumen de negocios.

Finalmente cuestiona que a ella no se le aplique el límite de proporcionalidad y que a SUZUKI se le rebaje la sanción de aproximadamente de 4 millones a un millón, o a MOTORRAD de doscientos mil euros a cincuenta mil, o a MOTOSPORT VILLALBA de veintidós mil a diecisiete mil.

TERCERO .- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda razona, con fundamento en la resolución impugnada en que se encuentra suficientemente motivada y que se ajusta al principio de proporcionalidad.

CUARTO.- La parte recurrente sostiene que la resolución es inmotivada. Sin embargo, su lectura revela la concreción práctica de cada uno de los criterios que contemplan los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, en atención a la singular participación de la recurrente en la conducta ilícita para fijar el importe de la sanción, como exige el Tribunal Supremo.

La resolución sancionadora comienza precisando que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011)

A partir de ahí, tiene en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 para obtener un tipo sancionador global, que después se aplica al volumen de ventas totales en el ejercicio anterior a la sanción para obtener la multa en euros.

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción:

"Los mercados afectados por la conducta, verticalmente relacionados, tal y como ya se ha señalado, serían el de fabricación y distribución mayorista de vehículos de dos ruedas, el mercado de distribución minorista de vehículos de dos ruedas, en el que operan los concesionarios implicados, y el de distribución mayorista de piezas de recambio originales para motocicletas Suzuki". Se incluye después, en la individualización de la sanción, el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción de esta empresa."

b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables:

En dichos mercados, "las cinco primeras marcas representaban más del 54% de las motocicletas matriculadas en el mercado nacional en 2008 y en 2009, alcanzando cotas similares en los mercados regionales de interés en este expediente, Madrid y Granada.(...) Suzuki ostentaba la tercera mayor cuota en el mercado español de motocicletas en 2008 y en 2009, representando con las dos líderes, Yamaha y Honda, más del 40% del total, a pesar del retroceso de su importancia relativa en el mercado entre esos dos años".

c) El alcance de la infracción:

"... la infracción sólo afectó a dos provincias españolas, Madrid y Granada, por lo que el ámbito geográfico afectado es reducido".

d) La duración de la infracción:

"La participación de SUZUKI en los diferentes acuerdos se corresponde con el período comprendido entre enero de 2008 y octubre de 2009 para la distribución mayorista de motocicletas en las provincias de Madrid y de Granada, así como el período comprendido entre de marzo octubre de 2009 respecto a la venta de piezas de recambio originales paramotocicletas Suzuki a sus concesionarios oficiales en la provincia de Madrid.

La participación de CODISMOTO se corresponde con los Acuerdos alcanzados con el resto de concesionarios de SUZUKI en Madrid, en diciembre de 2008, para la fijación de los precios de reventa de las motocicletas y las comisiones a pagar a los agentes, hasta octubre de 2009.

La participación de MOTOFUNCION, MOTORRAD y MOTORSPORT se corresponde con los Acuerdos alcanzados con el resto de concesionarios de SUZUKI en Madrid, en diciembre de 2008, para la fijación de los precios de reventa de las motocicletas y las comisiones a pagar a los agentes, que se amplía en marzo de 2009 al precio de venta de piezas de recambio originales a los agentes que disponen de taller de reparación, cuya duración alcanza al menos hasta octubre de 2009.

Por último, la participación de MOTOS ANDRES se corresponde con el Acuerdo alcanzado en enero de 2008 con el otro concesionario de SUZUKI en Granada, sobre las comisiones a pagar a los agentes, y que se amplía en mayo de 2008 al precio de reventa y promociones de las motocicletas, cuya duración alcanza al menos hasta abril de 2009".

e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos:

"Los acuerdos adoptados tienen aptitud para restringir gravemente la competencia intramarca, al afectar al precio de reventa y a todos los parámetros a través de los cuales se ejerce esa competencia: las comisiones pagadas a los agentes y los descuentos y promociones que habitualmente forman parte de la negociación individual entre concesionario y cliente en la venta de motocicletas. En el caso de Madrid, el acuerdo ha abarcado incluso otro elemento importante de la competencia entre los distribuidores por los servicios de los agentes de ventas, como es el precio al que venden las piezas de recambio originales que éstos últimos utilizan en los talleres de reparación que suelen formar parte de su actividad."

Por tanto, solo en el caso de los acuerdos realizados para la zona de Madrid, se produjeron efectos en cascada derivados del efecto del acuerdo sobre el precio de venta de los recambios originales a los talleres de reparación.

Según el Consejo de la CNC, la dificultad de cuantificación de los efectos no puede poner en duda que " el acuerdo de precios de reventa fue realmente aplicado por los concesionarios imputados, particularmente en Madrid", dada la detallada labor de vigilancia del comportamiento de los concesionarios en materia de precios de reventa de las motocicletas y de las comisiones pagadas a los agentes llevada a cabo por MOTOFUNCIÓN y SUZUKI."

Además, como indicó la resolución inicial "el potencial perjuicio para la competencia intermarca de los acuerdos de restricción de la competencia intramarca aquí analizados, tanto más relevante cuanto que la competencia intermarca se encuentra condicionada por la existencia de un entramado de redes paralelas en la distribución minorista de motocicletas, a nivel nacional y en los mercados geográficos relevantes, como se ha puesto de manifiesto en otros expedientes (S/0280/10 y S/0154/09)".

Una vez obtenido este tipo sancionador global, se procede a la individualización de las sanciones, en función del volumen de negocio en el mercado afectado de cada empresa y su cuota de participación en la conducta, que aparecen reflejados en una tabla en la Resolución. La cuota de participación de MOTOFUNCIÓN en el mercado afectado por la infracción fue del 9,1%.

Como vemos, la resolución sancionadora indica, de conformidad con el art. 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador, aunque no precise en cada uno de ellos el peso que se le da a la hora de determinarlo, sin que ello se traduzca en falta de motivación, pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

QUINTO.- A partir de aquí, podemos concluir que la resolución recurrida individualiza la sanción a partir de las circunstancias singulares de la conducta ilícita de MOTOFUNCIÓN sin que se aprecie la falta de motivación que denuncia la actora en relación a aspectos concretos de ese proceso de concreción de la sanción.

Así, resulta que el volumen de negocio en el mercado afectado se obtiene como resultado de sumar el volumen de ventas de motos en Madrid desde diciembre de 2008 a octubre de 2009 (1.402.102 euros) y desde marzo a octubre de 2009 (239.366 euros) por venta de recambios. Dichas cifras se obtienen de la información aportada por MOTOFUNCIÓN mediante escrito de 23 de mayo de 2011 (folio 786) en contestación a la solicitud hecha por la Dirección de Investigación en la notificación del PCH:

- Volumen de Negocio Vehículos dos ruedas ejercicio 2008: 2.226.789,02 euros (para calcular el VMA se toma un doceavo correspondiente al mes de diciembre: 185.565, 75 euros)

- Volumen de Negocio Vehículos dos ruedas ejercicio 2009: 1.459.843,91 euros (para calcular el VMA se toman 10 doceavas partes correspondientes a la suma de los meses de enero a octubre: 1.216.535, 83 euros)

- Volumen de Negocio recambios originales ejercicio 2009: 359.049,65 euros (para calcular el VMA se toman 8 doceavas partes correspondientes a la suma de los meses de marzo a octubre: 239.366,43 euros)

Respecto al importe del VMA frente al del VNT, el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) hace referencia al volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado durante la infracción, y no únicamente en el año anterior al de imposición de la sanción.



Por tanto, el VNMA en el caso de MOTOFUNCIÓN se corresponde con su volumen de negocio en el mercado afectado entre diciembre de 2008 y octubre de 2009 (once meses en total), mientras que el volumen de negocios total se refiere al año 2011, pudiendo por lo tanto ser mayor la cifra de Volumen de negocio en el mercado afectado (VMA) que la del volumen de negocios total (VNT).

Respecto de la existencia de distintos tipos sancionadores, que oscilan entre un 3,9% y un 6,4%, se explica porque, a diferencia de lo que sucedió en la zona de Granada, el acuerdo colutorio de la zona de Madrid sí afectó al precio de venta de recambios originales, por lo que era susceptible de producir efectos en cascada. Por este motivo, el tipo sancionador inicial fue de 3,6% para la infracción de la zona de Granada y 4,1% para la infracción de la zona de Madrid.

Además, a la hora de individualizar la sanción se tiene en cuenta la cuota de participación de cada empresa en la conducta infractora, de modo que aquellas cuyo VNMA representa una mayor proporción del VNMA total tendrán un tipo sancionador mayor. En el caso de MOTOFUNCIÓN, su cuota de participación en el VNMA supuso un aumento del tipo sancionador del 0,2%.

Por otra parte, al acreditarse que MOTOFUNCIÓN había tenido una especial responsabilidad en la vigilancia de la aplicación del acuerdo en Madrid merece un reproche sancionador mayor, lo que supuso un aumento adicional de 0,5% en el tipo sancionador. Por este motivo, su tipo sancionador total fue de 4,8%, lejos del tipo sancionador más elevado, correspondiente a las empresas con más cuota de participación en la infracción.

Finalmente, la aplicación del límite de proporcionalidad responde a la necesidad de introducir un factor de corrección respecto de las empresas multiproducto, es decir, aquellas que, además de la actividad que desarrollan en el mercado afectado, realizan muchas otras fuera de él.

Para saber si una empresa es multiproducto es preciso analizar a proporción que supone el VNMA anual medio sobre el volumen de negocios total de la empresa. Es decir, si el porcentaje que el VNMA anual medio representa sobre el volumen total es reducido, quiere decir que la empresa lleva acabo otras actividades y que es multiproducto. Para estas empresas, una sanción que sólo tiene en cuenta el volumen de negocios total puede llegar a ser desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta.

En el caso de MOTOFUNCIÓN, su VNMA anual medio representa un porcentaje en torno al 100% del volumen de negocios total, lo que implica que se trata de una empresa monoproducción, por lo que la sanción que se deriva de aplicar el tipo sancionador al volumen total de ventas no resulta desproporcionada y de ahí que no resultase necesario aplicar el límite de proporcionalidad.

En cambio, en el caso de SUZUKI, MOTORRAD y MOTOSPORT VILLALBA a las que se aplicó el ajuste de proporcionalidad para reducir la sanción que les correspondería, ello obedece a que la proporción del VNMA anual medio respecto del volumen de negocios total es inferior al 40% (en dos de ellas, inferior al 15%), lo que implica que una buena parte de su actividad se realiza fuera del mercado afectado, lo que exige la aplicación del límite de proporcionalidad para que la sanción finalmente impuesta se ajuste, efectivamente, a ese principio.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Francisco Javier Soto Fernández, actuando en nombre y representación de **MOTOFUNCIÓN, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de marzo de 2017, cuyo objeto es la ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, por las que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las empresas SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A. 1 (SUZUKI), CODISMOTO, S.L. (CODISMOTO), MOTOS ANDRÉS, S.L. (MOTOS ANDRÉS), MOTOSPORT VILLALBA, S.A. (MOTOSPORT), MOTOFUNCIÓN, S.L. (MOTOFUNCIÓN) y MOTORRAD CENTRO, S.L. (MOTORRAD) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 27 de marzo de 2012 (Expediente S/0237/10, MOTOCICLETAS) que impone una sanción de multa de 68.282 euros a MOTOFUNCIÓN, resolución que declaramos conforme a derecho, en cuanto a la recurrente se refiere.

2.-. Procede imponer las costas a la parte recurrente.

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



contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/06/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ