



Roj: **SAN 1743/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1743**

Id Cendoj: **28079230062014100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/04/2014**

Nº de Recurso: **199/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1743/2014,**
AAAN 112/2014

SENTENCIA

Madrid, a catorce de abril de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Saimoto Motor S.L.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Isabel Alfonso Rodríguez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012**, relativa sanción, siendo **codemandada** Suzuki Motor España SAU y la cuantía del presente recurso 103.056 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Saimoto Motor S.L., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Isabel Alfonso Rodríguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenido por reproducida la documental propuesta y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día uno de abril de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 103.056 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.



SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

"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 : De la descripción que la Resolución realiza de la recurrente, destacamos:

"SAIMOTO MOTOR, S.L. (en adelante, SAIMOTO) es un concesionario oficial de motocicletas Suzuki con sede en Madrid, cuyo propietario y administrador único es [D. Cipriano]."

Respecto del mercado relevante se afirma:

"15. Las conductas analizadas en esta resolución afectan al mercado de vehículos de dos ruedas. Desde el punto de vista de la demanda, tanto los precedentes nacionales como los comunitarios han dejado abierta la posibilidad de segmentar el mercado según la cilindrada de las motocicletas por la sustituibilidad de la demanda entre vehículos de diferentes características técnicas y de uso asociadas a la cilindrada y potencia y sujetos a diferente reglamentación a efectos de obtención del permiso de conducción. No obstante, teniendo en cuenta que los principales fabricantes, incluido SUZUKI, están presentes en toda la gama de vehículos de dos ruedas, por lo que podría existir una sustituibilidad por el lado de la oferta bastante significativa, se ha considerado un único mercado de producto.

16. En relación con este expediente, es posible distinguir dos mercados verticalmente relacionados: el de fabricación y distribución mayorista de vehículos de dos ruedas, en el que está presente SUZUKI y, aguas abajo, el mercado de distribución minorista de vehículos de dos ruedas, en el que operan los concesionarios implicados.

17. En cuanto al ámbito geográfico, la Dirección de Investigación señala que por lo que se refiere al mercado de fabricación y distribución mayorista los precedentes apuntan a un alcance posiblemente nacional, dadas las diferencias existentes con respecto a precios, impuestos, sistemas de distribución y tasas de intercambio comercial entre los países de la UE.

18. Respecto a la distribución minorista, su ámbito geográfico tiene un marcado carácter regional, dado que los consumidores no suelen desplazarse más allá de las provincias limítrofes a la suya para adoptar su decisión de compra, y los concesionarios, de acuerdo con la relación contractual, no pueden llevar a cabo políticas comerciales activas más allá del territorio asignado.

19. Por último, el mercado de la distribución mayorista de piezas de recambio originales para motocicletas Suzuki es de carácter nacional, en la medida que suele utilizarse el mismo sistema de distribución que en los vehículos de dos ruedas.

20. En todo caso, a los efectos del presente expediente, no es necesario precisar los ámbitos geográficos relevantes, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis, referido a posibles infracciones del artículo 1 de la LDC."

En cuanto a los hechos probados concernientes a la recurrente, y en lo que interesa:

"Con fecha 2 de diciembre de 2008, SUZUKI, CODISMOTO, SAIMOTO, MOTOFUNCIÓN, MOTORRAD Y MOTORSPORT VILLALBA se reunieron en Madrid acordando los precios de reventa de las motocicletas Suzuki, los extras a regalar con su venta y la comisión a pagar a sus agentes, lo cual entró en vigor al día siguiente.

25.1. Con fecha 2 de diciembre de 2008, [D. Cipriano] realizó las siguientes anotaciones manuscritas encontradas en su agenda de 2008 (folio 233).

*[Cipriano], [Cipriano] (Codismoto), [Cipriano] y [Cipriano] (Motofunción), Villalba, Motorrad
Reunión de Madrid con concesionarios (todos conc. de Madrid [Cipriano] y yo)*

Están todos de acuerdo en hacer un pacto.

**Decir en fábrica q no se diga si es K7 o K8*

Sacar Burgman 400 hoy en Codismoto y en MotoMdo, van a regalar la matrícula (sólo en la normal).

****AN650 normal Van a poner puños calefactables para sacarla. Voy a hablar con [Cipriano] quieren q les hagamos un precio especial en un solo pedido por todos los puños de las motos que tienen ahora GSX-650F Hablan de que no hacemos promoción en fábrica y deberíamos SV, Lo que puedan

VL 250, 3.500€ está vendiendo transferida

GSX-R600 -4 Regalo matrícula

Se dará como regalo un antirrobo de disco

Dan un 40% del margen al subagente y un 1% más a los más importantes.

Podrá tener con condiciones especiales podrá ser los servicios oficiales más 4 como máximo.

No se pueden vender a paralelos."

Con fecha 3 de diciembre de 2008, CODISMOTO reenvía a [D. Cipriano], con copia a [D. Cipriano], un correo electrónico con el siguiente texto (folio 252):

"Os adjunto copia de las tarifas y el correo mandado a los otros concesionarios, con el fin de que entren en vigor esta misma tarde."

A este correo se adjunta un archivo Excel titulado 'Tarifas Suzuki 2008', así como un correo electrónico enviado unos minutos antes por CODISMOTO a destinatarios que no constan en el expediente con el título "Tarifas de Suzuki desde Codismoto" cuyo texto se reproduce a continuación:

"Estimados compañeros, os adjunto las tarifas de Diciembre conforme las acordamos. No las pude enviar antes pues [Cipriano] estuvo revisándolas y no nos dio el OK hasta el mediodía. Espero su entrada en vigor esta misma tarde, como acordamos. Mando copia de ellas y de este correo a los demás Concesionarios y a [Cipriano y Cipriano].

Nota:

El precio de agentes de las motos con el 4,75 % de Impuesto lo llevan incluido, por lo que el precio a cobrar al agente será el precio de Tarifa/1,2075 X 1,16/IVA).

El importe a pagar por el Agente en las motos que regalamos la matricula es el correspondiente a la tarifa, pues en el precio que ellos pagan ya esta descontado el importe de la matricula.

Atentamente: [Cipriano]"

El archivo Excel adjunto a que se hace referencia (folios 253 a 256) contiene dos hojas de cálculo tituladas TARF2. PUBL DICIEMBRE' y OJO TARF DICIEMBRE AGENTES'. De su lectura, se desprende que recogen las tarifas de venta de CODISMOTO de la gama de motocicletas Suzuki a clientes finales y a agentes, respectivamente, con inclusión de los extras que se regalan con determinados modelos, y los modelos en promoción. Las listas indican asimismo el precio de la limitación de potencia de las motocicletas para el mes de diciembre de 2008.

La celebración de esta reunión, así como la La celebración de esta reunión, así como la de otras reuniones de seguimiento del acuerdo viene confirmada por alusiones a las mismas recogidas en correos posteriores.

26.1 El correo electrónico enviado con fecha 10 de febrero de 2009 por D. Ángel Jesús a [D. Cipriano], dice (folio 261):

Entonces no se para que se hacen reuniones cada 15 días entre nosotros, pues estuvo [Cipriano] ayer en la tienda y nos dijo que le había dado bastante más margen que a los demás subagentes. Creo que en la reunión que tanto tú como [Cipriano], cuando [Cipriano] empezó una guerra de precios, lo dejasteis muy claro no ibais a aceptar que nadie se "desmadrara". ¿Que pasa...la crisis cambia todo? Pues decirlo, porque todavía queda gente que cuando se llega a un acuerdo.....LO RESPETAN.

Lo siento [Cipriano], pero lo que veo mal es que tu sepas lo que se ha hecho y no le des ninguna importancia.

Ya se lo dije a [Cipriano] ayer, nadie a partir de ahora tendrá la fuerza moral para decir algo. Cuando una cosa es clara...hay que aceptarla, quieras o no.

¿Sabes?, el único que va a salir ganando es [Cipriano], no invierte y casi gana lo que un oficial, más tontos somos todos por dejarlo.

Del contenido de otros correos electrónicos intercambiados en esa misma fecha entre [D. Cipriano] y [D. Cipriano] (folio 262) se deduce que por "[Cipriano]" se alude a [D. Cipriano], gestor de MOTOMERCADO, y por "[Cipriano]" a CODISMOTO.

Con esa misma fecha, [D. Cipriano] envía un correo electrónico de respuesta en el que dice (folio 261):

En mucho de lo que dices estoy totalmente de acuerdo. Voy a convocaros en una reunión en Madrid a tomar un café, y tratamos el tema entre todos, si no estáis de acuerdo en que [Cipriano] tenga unas condiciones especiales, pues se le cambian, y así podréis negociar todos con él y que se quede con quien quiera. A mí me da igual quien trabaje con él.

A mí lo que realmente me preocupa es el precio final al que [Cipriano] ponga las motos, para eso fue la reunión que tuvimos y que vino [Cipriano]. Sin ir más lejos, me dicen que hace quince días cuando [Cipriano] ya no era concesionario vosotros le cedisteis una UH125 a costo y él la vendió 150 euros más barata que el precio estipulado por todos. Con esto quiero decir que todos tenemos que andarnos con cuidado con los precios porque el que menos te lo esperas te la lía. También con esa misma fecha de 10 de febrero, [D. Cipriano] responde a [D. Cipriano] mediante correo electrónico con el siguiente texto (folio 260):

En el 2º punto, te quiero decir que la UH 125 la pago en Diciembre y que según él, todavía era concesionario pues no tenían las cuentas cerradas con Suzuki Motor España y por eso se la dejamos al costo....como siempre entre concesionarios (no fue hace 15 días)

Después de esto, si él hace lo que hace, no nos podemos culpar ninguno, pues no podemos estar 24 horas en su tienda a ver lo que hace.

También en estos momentos tiene otra UH 125 a precio de subagente menos un 1%(para los buenos subagentes, estipulado entre todos en las reuniones, facturada hace mas de una semana y no pagada (no tiene la documentación por supuesto).

En estos momentos que se queden con el que quiera y le de todo el descuento que crea oportuno, cada uno es mayorcito para llevar su propio negocio y saltarse las reuniones, sacarlo adelante o arruinarse, yo no soy quien para decidirlo, pero en el nuestro decidimos NOSOTROS.

¿Una pregunta?...porque tiene que tener unas condiciones especiales....por mí no ha hecho nada y ha sido uno de los que más ha protestado siempre, que hubiese seguido de concesionario. Haciendo estas condiciones especiales, lo único que se hace es abrir un frente no deseado por ninguno

La respuesta de [D. Cipriano] se produce en correo electrónico enviado ese mismo día una hora después (folio 260):

Me parece bien [Cipriano], mañana lo aclaramos todo y listo. Gracias por el toque de atención Con fecha 11 de febrero de 2009, [D. Cipriano] se dirige nuevamente a Suzuki sobre el mismo tema, enviando en esta ocasión un correo electrónico a [D. Cipriano] y a [D. Cipriano], controller de ventas de Suzuki, en el que dice (folio 260):

Sé que os aburro con estas cosas, pues bastante tenéis con la que está cayendo.

El porcentaje final de Codismoto a [Cipriano] es; 60% jii [Cipriano] y 40 codismoto

En las reuniones se quedó en 40% subagentes + 1% para los mejores.

Con estas cifras es lógico que se haya decidido por el, pues he hablado con todos los demás y le habían dicho....40% + 1%.

Aquí te mando también todos los mails cruzados con [Cipriano].

Con fecha de 26 de febrero de 2009, [sr. Cipriano], director de ventas de Suzuki, reenvía a [D. Nemesio] un correo electrónico recibido de CODISMOTO el día anterior en el que este último solicita su ayuda.

El correo electrónico tiene como título 'FW: Visitsa (sic) de Codismoto' (folio 266) y en él [D. Cipriano] adjunta dos archivos: uno de WORD titulado 'CARTA A [Cipriano]' y un archivo Excel titulado 'STOCK SOBRANTE CODISMOTO', y pide en inglés a [D. Cipriano] que revise el correo que le reenvía de CODISMOTO para discutirlo posteriormente.

En el correo electrónico reenviado, titulado "Visitsa de Codsimoto" (folio 266), [D. Cipriano] explica que en los dos archivos adjuntos expone sus necesidades para el año 2009, y que a pesar de las discrepancias puestas de manifiesto en la visita realizada por [Srs. Cipriano y Cipriano] el 19 de febrero de 2009, espera poder encontrar puntos de entendimiento.

En el archivo WORD, titulado 'CARTA A [Cipriano]' (folios 267 y 268), CODISMOTO menciona como sexta necesidad:

"Apoyo por parte de fabrica para que siga la continuidad de la estabilidad de precios en la zona. Impidiendo la venta de otros Concesionarios fuera de su Zona. Esta medida beneficia a toda la red de Madrid ." En la copia en papel de esta carta que obra en el expediente figuran anotaciones manuscritas de [D. Cipriano], dado que fue



encontrada encartada en una libreta suya, en las que se dice (folios 234 y 235): junto a esta sexta necesidad expresada por Codismoto : "LO EMPEZÓ EL", y, al final del documento:

"6) (1) PRECIO: 50 % + 1 %

60 % + 5 %

(2) MOTORRAD: S. REYES"

El archivo Excel, titulado "STOCK SOBRANTE CODISMOTO" (folio 269) resume la situación a este respecto de varios modelos de motocicletas.

Con fecha de 26 de marzo de 2009 se reunieron en Madrid SUZUKI, MOTOFUNCIÓN, MOTOREAC, MOTORRAD Y SAIMOTO modificando el contenido del acuerdo alcanzado anteriormente.

28.1. Con fecha 31 de marzo de 2010, [D. Cipriano], delegado de Suzuki en la Zona de Levante e Islas que a partir de ese momento pasaba a cubrir también Madrid, envía un correo electrónico titulado "reunión de Madrid" en el que se indica (folio 273):

Te envío un resumen de lo que se acordó en la reunión del otro día con los Concesionarios de Madrid.

28.2 Al correo se adjunta un archivo Word titulado "Reunión concesionario Madrid-3-2009" cuyo contenido íntegro es el siguiente (folio 274):

SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A.

Fecha: 31-3-09

Viajero: [Cipriano]

Departamento: Ventas 2 ruedas

INFORME DE VIAJE

Empresas visitadas: Fecha: 31-3-09

1) REUNIÓN RED MADRID

Personas visitadas: Cargo:

Objetivos de la visita:

1) ACUERDO

S 2009

Martes 26 de marzo de 2009

Se me presenta como nuevo Delegado de Madrid.

Los asistentes son:

[Cipriano].

[Cipriano].

Motoreac: [Cipriano y [Cipriano].

Motorrad: [Cipriano y [Cipriano].

Saimoto: [Cipriano].

Motofunción: [Cipriano].

Se acuerda lo siguiente:

-Se le dará una ayuda de 80 euros por moto vendido por los agentes siempre y cuando se consiga cualquier tipo de rappel, pero solo en las del más de 125 cc.

-Precio de la matricula: 210 mas los impuestos.

-Comisión a los agentes: 50 % del margen y en los buenos (2 o 3) un 60%.

-A Codismoto se le dará un 60 % y tendrá que vender al PVP.

-A Motomercado: se le prohíben ponerle motos.

-Recambio: al S. Oficial un 25% del margen y al no oficial un 20 %.



-Los agentes Steal Moto y [Cipriano] los gestionara Motorrad.

Se les expone lo siguiente:

Yamaha: 11 concesionarios: 3615 ventas: 328 moto/concesión.

Honda: 9 concesionarios: 2879 ventas: 320 moto/concesión.

Suzuki: 5 concesionarios: 3.134 ventas: 448 moto/concesión.

En 2009 habrá un bajada de un 40 %, se venderán 1900 motos Suzuki.

Les comunicamos que pondremos otra concesión."

El archivo Word titulado "ACUERDOS DE MADRID 26 03 09", hallado en el ordenador de [D. Cipriano] con fecha 30 de marzo de 2009, contiene el siguiente texto (folio 236):

"ACUERDOS DE MADRID 26 03 09

- Margen a subagentes, 50 % para los normales

- Margen a subagentes, 60 % para los especiales

- No se cobrará primera inspección

- Margen de recambios, 20 % para los normales

Margen de recambios, 25 % para los especiales

Proponen nombrar servicios oficiales solo para reparar motos de hasta 400 CC.

[Cipriano] no lo ve muy bien."

Con la mención de "[Cipriano]" probablemente se hace alusión a [D. Cipriano], directivo en el Servicio Posventa de SUZUKI."

Y continúa:

"29. En octubre de 2009 Suzuki consideraba que existía una armonía de precios entre sus concesionarios de Madrid que CODISMOTO ponía en peligro.

Con fecha 13 de octubre de 2009, [D. Cipriano] envía un correo electrónico a [D. Cipriano] titulado "RE: DATOS MOTOS" en el que se dice (folio 280):

[Cipriano], según me comentan no está dispuesto a comprar al precio de agente, con lo que recurre a Jaén que se la cede a precio de concesionario, creo que hay que dar un toque a Jaén, ya que [Cipriano] está haciendo lo que quiere y riéndose de nuestra marca, tiene los carteles, los vendedores perfectamente uniformados de Suzuki, compra paralelas, compra a Madrid cuando le interesa y cuando no recurre a Jaén y toca los precios a la baja rompiendo la armonía que hay entre los concesionarios de Madrid.

[D. Cipriano], administrador único de CODISMOTO, había dejado de ser concesionario oficial de Suzuki en febrero de 2009.

30. La valoración de pruebas admitidas por Acuerdo de Prueba y Vista del Consejo de 13 de diciembre de 2011 pone de manifiesto que:

30.1 Los precios recomendados en las circulares de Suzuki del último trimestre de 2008 y primero de 2009 son iguales, salvo en cinco modelos, a los que figuran en la lista enviada por CODISMOTO al resto de concesionarios de Madrid el 3 de diciembre de 2008.

Suzuki Motor España circula listas de precios recomendados de venta al público con periodicidad trimestral. Las listas, enviadas al principio de cada trimestre, son actualizadas a lo largo del mismo para algunos modelos específicos. La comparación con los precios de la lista CODISMOTO se ha hecho tomando como referencia de precios recomendados el precio de promoción actualizado, para los modelos en que esa actualización ha tenido lugar, o el precio recomendado para todo el trimestre, en caso contrario.

La comparación, realizada en base a la Documental nº 3 del Acuerdo de Prueba y Visa, muestra que, de los 29 modelos que figuran en las circulares de SUZUKI para esos trimestres, 26 figuran también en la lista de CODISMOTO, y que de esos 26, sólo en 5 modelos (Intruder 250LC, CSR600 - 07, GSX-R600 y GSX-R750) el precio es diferente y en una cuantía inferior al 10% en todos los casos.

30.2 Los precios recomendados por Suzuki en las circulares trimestrales correspondientes a Granada, aportadas por JMOTO como "listas supuestamente colusorias" coinciden con los que figuran en las circulares



correspondientes a Madrid para los trimestres en que se disponen de ambas, es decir, el último trimestre de 2008, los cuatro trimestres de 2009 y los dos primeros de 2010.

30.3 Los resultados de la comparación de precios de venta de las motocicletas cargados por los concesionarios de Granada permiten verificar el seguimiento del acuerdo de unificar dichos precios en determinados modelos.

Los gráficos siguientes muestran una gran uniformidad de precios de venta en modelos de menor cilindrada....

30.4 Los resultados de la comparación de los precios de venta de los concesionarios de Madrid con los que figuran en la lista CODISMOTO también muestran un alto grado de seguimiento del acuerdo en modelos de menor cilindrada...."

CUARTO : La Resolución impugnada, al analizar la conducta señala:

"La DI considera que los hechos acreditados permiten deducir la existencia de los siguientes acuerdos colusorios entre empresas competidoras, con el conocimiento o participación de su suministrador:...

2) un acuerdo colusorio formado en diciembre de 2008 por los concesionarios CODISMOTO, SAIMOTO, MOTOFUNCIÓN, MOTOREAC, MOTORRAD y MOTOSPORT y su suministrador SUZUKI, relativo al precio de venta final de las motocicletas Suzuki, los extras a regalar junto con sus ventas y la comisión a otorgar a los agentes. Este acuerdo se modificó en marzo de 2009 en lo relativo a la comisión a otorgar a los agentes y se amplió a otras condiciones comerciales en la venta de motocicletas (reparto de agentes entre concesionarios, boicot de un agente, el precio de la gestión de la matriculación por el concesionario) y a la comisión en la venta de recambios de motocicletas Suzuki...

La DI considera que ambos acuerdos son contrarios al artículo 1.1 de la LDC, por suponer una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del acuerdo colusorio, así como acuerdos verticales entre un proveedor y sus distribuidores para fijar las condiciones de venta de estos últimos y minimizar la competencia entre ellos.

Los dos acuerdos tienen por objeto y posible efecto restringir la competencia y distorsionar el mercado minorista, al evitar la competencia intramarca entre los concesionarios Suzuki de las provincias de Madrid y Granada en la venta de motocicletas a consumidores finales, ya sea directamente o mediante agentes comerciales. En el caso de la provincia de Madrid, esta limitación de la competencia se extendió también a la venta de recambios de motocicletas Suzuki por parte de los concesionarios.

La DI destaca que el artículo 1 de la LDC cubre tanto acuerdos horizontales como verticales, señalando el papel capital jugado por SUZUKI en el desarrollo de los dos acuerdos y en su mayor viabilidad y estabilidad, dado su ascendente sobre sus concesionarios como suministrador de los mismos.

En relación con la normativa de defensa de la competencia sobre fijación de precios mínimos de reventa, la DI señala que, si bien en virtud del artículo 1.4 LDC no se consideran prohibidos por el artículo 1.1 LDC los acuerdos que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE, la jurisprudencia comunitaria ha establecido reiteradamente que las restricciones verticales tales como la fijación de precios mínimos de reventa se consideran prohibidas. (Tribunal de Justicia de las Comunidades, Sentencia Pronuptia de 28 de enero de 1986, caso 161/84).

La fijación de precios mínimos de reventa se encuentra además en la 'lista negra' de prácticas que impiden que cualquier acuerdo vertical obtenga la exención en bloque del Reglamento n° 330/2010 de la Comisión relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. La única posibilidad de exención de la prohibición es la contemplada en el artículo 1.3 de la LDC, que requiere una evaluación caso por caso de los efectos restrictivos y procompetitivos, en términos de eficiencia, de la práctica, con una fuerte presunción de que la fijación de precios mínimos de reventa no puede acogerse a dicha exención individual. Así, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ha manifestado que "la fijación de un precio mínimo siempre repercute negativamente en el consumidor."

Por su parte, las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales sobre la fijación del precio de reventa (MPR), destacan que "el efecto inmediato del MPR será que todos los distribuidores, o algunos de ellos, se vean impedidos de bajar su precio de venta de esa marca concreta. En otras palabras, el efecto directo del MPR es un incremento de los precios." (párrafo 224).

Los acuerdos detectados tampoco pueden ser calificados como conductas de menor importancia a efectos del artículo 5 de la LDC y del artículo 1 del RDC, a tenor de lo que establece el artículo 2.2 a) del citado Reglamento n° 330/2010 de la Comisión :



"...no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:

a) El establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador".

La DI señala asimismo que si bien en algunos casos el Consejo ha considerado que la fijación vertical de precios puede no constituir una infracción cuando no afecte de forma significativa al mercado (Resolución de 3 de diciembre de 2009, El Corral de las Flamencas, Exp. S/0105/08.), esta circunstancia no se da en el presente expediente, teniendo en cuenta que en las conductas objeto de análisis participan todos los concesionarios oficiales Suzuki de las provincias de Madrid y Granada, y que los mercados relevantes en los que se habría producido el ilícito son la provincia de Madrid, que supone el segundo mercado nacional de motocicletas por importancia y en el que SUZUKI ha ostentado la segunda posición como marca más vendida con una cuota del 12,7% en 2008, y la provincia de Granada, en la que esta marca fue la tercera más vendida en el año 2008, con una cuota del 10,2%. Suzuki es además una de las marcas de motocicletas más reconocidas por el consumidor..."

A continuación se contienen las siguientes reflexiones sobre la conducta:

"En base a los hechos probados y al análisis de las alegaciones de las partes el Consejo considera acreditado que los concesionarios de Madrid y de Granada adoptaron acuerdos, con el conocimiento preciso y el consentimiento y apoyo expreso de Suzuki Motor España, que constituyen una infracción del artículo 1 LDC, el cual prohíbe: "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o practica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".

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 estos últimos utilizan en los talleres de reparación que suelen formar parte de su actividad....

En noviembre de ese mismo año los directivos de Suzuki involucrados en el acuerdo de Granada - [Don. Cipriano], delegado de zona también para Madrid y el líder del departamento de Ventas de Suzuki, [Don. Cipriano] -, además del Controller de ventas de Suzuki, [D. Cipriano], contactan con el concesionario de Madrid SAIMOTO, "para hablar del problema de precios que hay en Madrid", e interesándose por las comisiones pagadas a los agentes, como describe [Don. Cipriano] en sus anotaciones manuscritas de 20 de noviembre (HP 24).

Pocos días más tarde, el 2 de diciembre de 2008, tiene lugar en Madrid una reunión en la que se acuerdan precios de reventa al público de las motocicletas y las comisiones a pagar a los agentes (HP 25), plasmándose los acuerdos en sendas listas de tarifas que uno de los concesionarios asistentes a la reunión, CODISMOTO, envía por correo electrónico al día siguiente a todos los demás, señalando que "Espero su entrada en vigor esta misma tarde, como acordamos" (HP 25.2). Las anotaciones manuscritas [Don. Cipriano] sobre esa reunión dan cuenta de la asistencia a la misma de cinco de los seis concesionarios de Madrid imputados: SAIMOTO, MOTOFUNCIÓN, MOTORRAD, MOTOSPORT VILLALBA y el propio CODISMOTO. No obstante, MOTOREAC, el operador cuya asistencia no figura acreditada en la lista [Don. Cipriano], también conoce y participa en el acuerdo, puesto que CODISMOTO se excusa del retraso en el envío de las listas diciendo que "[Cipriano] estuvo revisándolas y no nos dio el OK hasta el mediodía" (HP 25.2), afirmación que reitera en sus alegaciones a la propuesta de resolución (folio 4441). CODISMOTO reitera en sus alegaciones que las listas se enviaron a "[Cipriano] de MOTOREAC", persona que es identificada nuevamente como representante de MOTOREAC en reuniones posteriores, descritas más adelante...

Este intercambio de correos permite conocer asimismo el origen de la reunión del 26 de marzo de 2009 ("Voy a convocaros en una reunión en Madrid a tomar un café, y tratamos el tema entre todos..."), en la que, de acuerdo con las anotaciones sobre la misma realizadas por el nuevo delegado de Suzuki para Madrid, [Don. Cipriano], se restringe aún más la competencia intramarca por los servicios de los agentes, pues en esa reunión se acuerda (HP 28):

- el boicot de MOTOMERCADO (A Motomercado: se le prohíben ponerle motos) y el reparto de las actividades de los concesionarios con determinados agentes, asignándose a MOTORRAD el suministro a los agentes SEAL MOTOR y DEJARANO, anteriormente atendidos por CODISMOTO ("Los agentes Steal Moto y Dejarano los gestionara Motorrad)



- la ampliación del ámbito del acuerdo al precio de venta por los concesionarios de piezas de recambio originales de Suzuki a los agentes que disponen de talleres de reparación.
- la modificación de las comisiones a pagar a los agentes que se habían acordado en la anterior reunión de 2 de diciembre de 2008.

El acuerdo se amplía asimismo al precio cargado por el servicio de matriculación de las motocicletas, otro componente importante de la negociación del precio entre concesionario y cliente y por tanto, de la competencia intramarca.

Las notas sobre esta reunión, recogidas por el nuevo delegado de Suzuki para Madrid, [Don. Cipriano], en un archivo Word titulado "Reunión concesionario Madrid-3-2009", (HP28.2) acreditan que a la misma asisten 4 de los 6 concesionarios de Madrid imputados en este expediente: "Motoreac: [Cipriano y Cipriano]; Motorrad: [Cipriano y Cipriano]; Saimoto: [Cipriano]; Motofunción: [Cipriano]".

Respecto a la calificación de la conducta:

"La conducta llevada a cabo por Suzuki y sus concesionarios de Granada y Madrid constituye una infracción por objeto del artículo 1 LDC , lo que exige de la necesidad de constatar sus efectos para que los infractores sean merecedores de sanción. Tanto el Consejo de la CNC (Resolución CNC de 14 de diciembre de 2011 Exp. S/0231/10, Productos Hortofrutícolas) como la jurisprudencia nacional y comunitaria han corroborado reiteradamente que, de acreditarse que una conducta tiene un objeto contrario a la normativa de defensa de la competencia, no resulta necesario probar la existencia de efectos en el mercado. El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2007 , ha afirmado que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos".

La estimación cuantitativa de los efectos se ve dificultada en este expediente por la naturaleza de la documentación aportada por los concesionarios de Suzuki junto con sus alegaciones al PCH a sugerencia del propio Suzuki, documentación que consiste básicamente en las 10 primeras facturas de cada mes correspondientes a las ventas de motocicletas. Dado que los modelos de motocicleta a que se refieren dichas facturas no tienen por qué coincidir para los distintos operadores, el número de observaciones comunes no es suficientemente amplio para valorar adecuadamente el grado de seguimiento de los acuerdos por cada uno de ellos.

No obstante, la práctica de pruebas en fase de resolución relativas a la comparación de los precios de venta de determinados modelos de motocicletas susceptibles de ser considerados más representativos de las ventas realizadas en el período de tiempo de referencia, por figurar con más frecuencia en las 10 primeras facturas de cada mes de un mayor número de concesionarios, pone de manifiesto una acusada uniformidad de precios en modelos de menor cilindrada, como el UH 125 y el UH 200, tanto en Madrid como en Granada. Dicha uniformidad es tanto más notable cuanto que los imputados han subrayado que se trata de una actividad en la que el concesionario dispone de una amplia y rica gama de elementos de negociación del precio pagado por su clientes."

QUINTO : La defensa de la recurrente se centra, esencialmente, en su falta de participación de los hechos imputados. Se afirma por la actora que la cita de su nombre en documentos elaborados por terceros no implica que reflejen hechos ciertos.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la uniformidad de precios que se produjo tras los acuerdos y que se refleja puntualmente en la Resolución impugnada, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado y que la hoy recurrente participó en los acuerdos y su ejecución.

No se trata sólo de valorar la participación de la entidad actora en las reuniones descritas, sino su comportamiento posterior, elemento éste que, confluyendo con otros probados, suponen un conjunto de hechos de los que puede concluirse la imputación que se realiza. Entramos así en el problema de la prueba indiciaria.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274).



Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

Efectivamente, la recurrente presenta dos certificaciones de clientes, en las que se afirma que los márgenes que se les concede son variables, así como facturación correspondiente a 2008 y 2009 y facturación de recambios de 2009. Pero frente a ello, la Resolución impugnada recoge una comparativa de precios que refleja la uniformidad en los mismos en dos modelos de motocicletas. Señala la recurrente en su demanda, que tales modelos son los más económicos y por ello los que permiten menores márgenes a los concesionarios y por ello una mayor aproximación en precios.

Por más que exista un menos margen ello no explica la aproximación en precios si no es, como consecuencia de los acuerdos antes referidos. Pues bien, la prueba documental aportada por la actora no desvirtúa las apreciaciones contenidas en la Resolución, porque es suficiente que los acuerdos se hayan plasmado en motocicletas de menor cilindrada, para que resulten acreditados, sin olvidar que el a ser una conducta anticompetitiva por objeto, no es necesario que produzca efectos.

Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

El artículo 101 del TFUE :

"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

La recurrente sostiene, implícitamente, que la CNC ha subsumido incorrectamente la conducta al considerarla anticompetitiva por objeto, cuando la calificación correcta sería por el efecto, y tal efecto no se ha probado.

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.



Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar precios, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformarlos y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que la conducta imputada tenía aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Respecto de las alegaciones actoras relativas a la tipicidad, la actora incluye la cuestión relativa a la prueba del consentimiento o intencionalidad, de los efectos en el mercado y de la duración. Ya hemos señalado que la realización de una conducta como la descrita, no es imaginable sin un elemento cognoscitivo y voluntario, pues requiere de unos acuerdos previos y de la realización de una conducta posterior. Los efectos en el mercado no son necesarios para que concurra el tipo infractor, no obstante ello, la CNC ha analizado los efectos en dos tipos de motocicletas, y ha observado la uniformidad derivada de la ejecución de los acuerdos. En cuanto a la duración, se fija de manera pormenorizada en los hechos probados, abarcando parte de los años 2008 y 2009.

La actora no realiza alegación alguna sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta, ni en la demanda ni en conclusiones.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

El artículo 63 de la misma Ley:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

De estos preceptos resulta que el año a considerar es el 2011, y ello para la aplicación de los porcentajes del precepto anterior. La recurrente en ningún caso afirma que la multa impuesta haya excedido del 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, que sería el grado medio, ni razona que la cuantía aplicada sea desproporcionada en relación a los parámetros de los artículos anteriores, y en relación al máximo del 10%, señalado. Tal omisión de toda argumentación impide a la Sala considerar que la cuantía impuesta en concepto de multa sea desproporcionada en el margen del 0% al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

En cuanto a las circunstancias que señala, gravedad del hecho y sanción, no existe elemento objetivo del que deducir que esa relación no concurre, respecto a la intencionalidad y reiteración, ya hemos visto en relación a la primera, que la conducta descrita requiere un elemento cognoscitivo, así como la voluntad de desarrollarla, la reiteración es agravante, pero su inexistencia no opera como atenuante. Lo mismo hemos de señalar de los perjuicios, su existencia agrava la multa, y han de ser ponderados, pero al no precisarse que la sanción se haya impuesto en un grado superior de la escala, no puede entenderse desproporcionada.

No podemos, por ello, apreciar desproporción en la cuantificación de la multa.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede imposición de costas a la recurrente conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:



FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Saimoto Motor S.L.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Isabel Alfonso Rodríguez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos** en lo que a la recurrente se refiere, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS