



Roj: **SAN 2993/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2993**

Id Cendoj: **28079230062016100267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **293/2012**

Nº de Resolución: **294/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000293 / 2012

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05349/2012

**Demandante:** CODISMOTO S.L.

**Procurador:** D<sup>a</sup> PALOMA BRIONES TORRALBA

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** SAIMOTO MOTOR, S.L., Y MOTOSPORT VILLALBA, S.A. Y SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

### **SENTENCIA N.º:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a quince de julio de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 293/12 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba actuando en nombre y representación de **CODISMOTO S.L.** contra la resolución de 27 de marzo de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 22.322 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; así como las mercantiles SAIMOTO MOTOR, S.L., y MOTOSPORT VILLALBA, S.A., representadas por el Procurador D. Ramón Blanco Blanco, y SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Consuelo Rodríguez Chacón.

### **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 *"Declare estimado el presente recurso, anulando la Resolución que se impugna en el presente y por tanto se declare NULIDAD DE PLE NO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO CNC por medio de la cual se considera a CODISMOTO SL entre otros como responsables de infracción del artículo 1 LDC , por ser la misma contraria a derecho, debiendo absolver a CODISMOTO SL"*.

**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** .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 1 de junio de 2016, teniendo así lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 27 de marzo de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente NUM000 MOTOCICLETAS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Declarar que SUZUKI MOTOR ESPAÑA, S.A. y las siguientes entidades ... CODISMOTO, ... han infringido el artículo 1 de la Ley 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 ... CODISMOTO, S.L., 22.322 euros...*

*TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución"*.

Entre los hechos declarados probados por la misma resolución sancionadora se describe a la entidad recurrente como *"una empresa sita en Madrid dedicada a la venta de motocicletas, recambios y accesorios para las mismas. Ha sido concesionario oficial de motocicletas Suzuki desde 1991 hasta febrero de 2009"*.

En cuanto a los hechos imputados, se resumen en que el 2 de diciembre de 2008 la entidad recurrente, Suzuki Motor España, S.A., y otros concesionarios de la marca, entre ellos CODISMOTO, se reunieron en Madrid y adoptaron un acuerdo sobre los precios de reventa de determinados modelos de motos de los que había un importante stock acumulado como consecuencia de la crisis económica, sobre los extras a regalar y la comisión a pagar a sus agentes, acuerdo que entró en vigor al día siguiente.

De este acuerdo se habría tenido conocimiento con ocasión de la inspección realizada en la sede de SUZUKI MOTOR ESPAÑA el 24 de marzo de 2010, donde se encontraron anotaciones manuscritas del líder del grupo de ventas de Suzuki, y en las que se reflejaba lo siguiente:

*"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 D... 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"*.

Refiere además la resolución entre sus hechos probados lo siguiente:

*"Con fecha 3 de diciembre de 2008, CODISMOTO reenvía a D..., con copia a D. ..., 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 [XXX] 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 [XXX y XXX]. 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: [XXX]" 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".

Y destaca también que "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".

Y, por lo que se refiere a la calificación de la conducta que resultaría de tales hechos, declara la resolución de 27 de marzo de 2012 que "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"

**SEGUNDO** .- Frente al acuerdo sancionador, opone en primer lugar la entidad demandante la ausencia de una prueba de cargo suficiente, considerando, en relación a las anotaciones intervenidas en la inspección realizada en la sede de SUZUKI ESPAÑA, que carecen de valor probatorio al resultar "subjetivas, inconexas, inconcretas y descontextualizadas, y solo podrá dar cuenta de ellas el presunto responsable de su anotación, Sr. ...".

Y, respecto del correo electrónico "... supuestamente enviado a los demás concesionarios por CODISMOTO y respecto de la tarifa de precios pactada...", argumenta que "ha quedado debidamente probado que no ha existido acuerdo de precios, y mucho menos seguimiento del tal pacto que nunca ha existido".

Denuncia de este modo un error en la valoración de la prueba así como la indefensión generada por no habersele concedido vista oral pese a haberlo solicitado oportunamente.

Invoca el principio de presunción de inocencia, con remisión al artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y al artículo 24.2 de la Constitución.

Advierte que, sin existencia acreditada de un acuerdo, no se puede condenar "por objeto", lo que a su vez excluiría la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Y, subsidiariamente, "... en caso de apreciar la existencia de acuerdo colusorio...", reclama la aplicación de la regla de *minimis* prevista en el artículo 5 de la Ley.

Por último, entiende que la sanción resulta desproporcionada, por lo que solicita su reducción atendiendo a criterios de proporcionalidad.

**TERCERO** .- Son varias las sentencias dictadas por esta Sección en procesos cuyo objeto era, precisamente, la impugnación de la misma resolución ahora recurrida, y que han sido instados por el resto de los sancionados.

Así, las dictadas con fechas 30 de enero de 2014, recurso núm. 202/12; 14 de abril de 2014, recurso núm. 199/12; 13 de marzo de 2015, recurso num. 200/12; 25 de marzo de 2015, recurso núm. 256/12; 29 de abril de 2015, recurso núm. 244/12; ó 10 de septiembre de 2015, recurso núm. 274/12.

En todas ellas, con la sola excepción de la recaída en el recurso núm. 200/12, en la que se destaca la particular situación de la entidad entonces recurrente, la Sala ha entendido acreditados los hechos declarados probados por la CNC y la correspondiente responsabilidad de las empresas sancionadas.



Así, y como decíamos en la dictada con fecha 14 de abril de 2014, recurso núm. 199/12, en relación a una de las mercantiles a las que se imputa también su participación en la reunión de 2 de diciembre de 2008,

*"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".*

Esta conclusión es plenamente trasladable al caso de autos, en el que la demandante reconoce la existencia de la reunión pero niega que en ella se alcanzaran los acuerdos denunciados, y, en todo caso, la validez de las anotaciones de contenido inculpatario que han servido de base a la imputación.

La mera lectura del contenido de tales anotaciones, antes transcrito, pone de manifiesto que no son en modo alguno ni subjetivas, ni inconexas, ni inconcretas o descontextualizadas, como se denuncia en la demanda. Antes al contrario, se refieren claramente a la actividad comercial de las asistentes, inciden en aspectos de crucial interés para las mismas, y en ellas se mencionan modelos concretos de motocicletas (Burgman 400, AN650, GSX-650F, SV, VL 250, GSX-R600, ...), precios de venta, regalos y márgenes de subagentes.

Todo esto se completa, en el caso de la actora, con la referencia al correo que la misma remitió al día siguiente, cuyo contenido es del todo revelador (folio 252); correo que se envió con la indicación de que se remiten "... copia de las tarifas y el correo mandado a los otros concesionarios, con el fin de que entren en vigor esta misma tarde", adjuntando 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".

El contenido del correo electrónico, su directa conexión con la reunión, y la correlación de fechas, son hechos probados que configuran un indicio suficiente para sustentar la participación de la actora y su responsabilidad en los hechos.

Como decíamos en reciente sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13 , *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985 , y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".*

Tal es, sin duda, lo que ahora acontece, y permite considerar acreditada la participación de la recurrente en los mismos términos que apreció la CNC.

Por lo demás, el hecho de que, solicitada vista al amparo de lo establecido en el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia , fuera rechazada dicha solicitud, no determina per se la causación de la indefensión denunciada, ni arrastra la pretendida nulidad.



No se justifican, siquiera indiciariamente, los motivos de esa indefensión, ni ha quedado acreditada la trascendencia del trámite, debiendo recordar que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 27 noviembre 2014 , "... en lo que atañe al segundo motivo de nulidad denunciado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto a su tratamiento, al señalar que la consistencia de los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad deben ser de tal magnitud que "es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado, y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" ( SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000 ).

Por tanto, ni hay error en la valoración de la prueba, existiendo, a juicio de esta Sala, el acuerdo colusorio que refleja el contenido de la reunión de 2 de diciembre de 2008; ni se ha generado indefensión o prescindido de un trámite esencial por no haberse acordado la celebración de vista.

Desde luego, no obliga a conclusión contraria la prueba testifical practicada en autos en la persona de D. Argimiro , a la que de manera expresa se refiere la demandante en su escrito de conclusiones. Prueba, en efecto, reveladora de la situación existente en el mercado de motocicletas al tiempo a que se refieren los hechos enjuiciados, y de la posición mantenida por CODISMOTO en su condición de concesionario de la marca y tras dejar de serlo, pero que no desvirtúa la evidencia que suponen las pruebas antes analizadas: la existencia del acuerdo de 2 de diciembre de 2008 y del correo del día siguiente enviado por la mercantil actora.

De igual modo, la conducta atribuible a CODISMOTO, atendidos los términos del referido acuerdo y del correo, no deja lugar a dudas sobre la existencia de culpabilidad, también cuestionada de manera expresa. No puede concebirse un acuerdo como el analizado sin que exista culpa de quien lo suscribe y de quien envía dicho correo, y con ello nada tiene que ver que CODISMOTO no tuviera "... posibilidad de de regular los precios dado el nulo o escaso margen" , tal y como sostiene en su escrito de conclusiones.

**CUARTO** .- La existencia del acuerdo anticompetitivo en los términos antedichos, y la consiguiente sanción, derivada de la aplicación del artículo 1 de la LDC , no pueden enervarse porque el acuerdo no hubiera desplegado efectos, o porque CODISMOTO se apartara voluntariamente del mismo.

En cuanto a lo primero, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile, que reitera doctrina anterior, en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia, siendo el ejemplo clásico a este respecto los acuerdos de fijación de precios, ya se hagan de forma directa o indirecta. El TJUE se pronuncia en estos términos:

*"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65 , Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).*

*29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).*



30. *En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia*".

Por tanto, es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, aun cuando no se haya generado efecto alguno, para apreciar la infracción.

En cuanto al distanciamiento de la conducta anticompetitiva, manifestado en este caso por el hecho de no haber aplicado la tarifa de precios supuestamente pactada y por el abandono de la red de concesionarios oficiales SUZUKI antes de la reunión de marzo de 2009, ha sido tenido en cuenta por la CNC al determinar el grado de responsabilidad de las entidades sancionadas (fundamento de derecho sexto, página 52 de la resolución de 27 de marzo de 2012), debiendo poner de relieve el reducido importe de la sanción impuesta a CODISMOTO respecto de otras participantes en el acuerdo colusorio.

**QUINTO.** - Plantea, además, la recurrente la necesaria aplicación de la denominada regla *de minimis* por tratarse de una conducta de menor importancia amparada en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 15/2007 .

Es ésta una alegación ya abordada en relación al mismo expediente sancionador por la sentencia, antes citada, de 30 de enero de 2014, recurso núm. 202/12 , en la que señalábamos que *"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 *de minimis* en atención al escaso impacto de la conducta podría haber tenido en el mercado".

Como también hemos dicho en sentencia de 8 de abril de 2016 , *"La consecuencia jurídica que pretende extraerse de tales hechos, a cuya acreditación tiende la prueba denegada, no puede producirse aun en el caso de que se hubiera practicado la prueba propuesta y con independencia de su resultado, pues la norma cuya aplicación se interesa, el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia , y la regla de *de minimis* que en el mismo se contempla, no juega en los casos en que la infracción sea la prevista en el artículo 1 de la misma Ley 15/2007 , lo que sucede ahora como se sigue de lo resuelto en el acuerdo de sancionador de 20 de marzo de 2013, y ello conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que excluye la aplicación de dicha regla cuando se trate de una conducta dirigida a la fijación de precios"*.

**SEXTO.** - Procede, finalmente, analizar la denunciada falta de proporcionalidad de la sanción y su incorrecta cuantificación.

Es lo cierto que, en el presente supuesto, la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la *"Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea"* (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013 ), reiterado en otras muchas posteriores.

Es por ello por lo que procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta, y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

**SÉPTIMO.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

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

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba actuando en nombre y representación de **CODISMOTO S.L.** contra la resolución de 27 de marzo de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 22.322 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este



extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ