



Roj: **SAN 586/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:586**

Id Cendoj: **28079230062015100064**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/02/2015**

Nº de Recurso: **84/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000084 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03594/2012

Demandante: BARRAL MOTO, S.L.

Procurador: SR. JUANAS BLANCO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: MONTESA HONDA SA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo **núm. 84/2012** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BARRAL MOTO, S.L.** representada por el Procurador Sr. Juanas Blanco 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 28 de diciembre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 5.736 €, siendo codemandada Montesa Honda SA representada por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro, siendo **Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2012. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 29 de octubre de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se anule la resolución impugnada, declarándose expresamente la inexistencia de infracción alguna imputable a la actora con reintegro de la cantidad de 5.736€ que ingresó en favor de la CNC con los intereses de demora que procedan.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. No solicitado el recibimiento del pleito a prueba quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 24 de febrero de 2015 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 28 de diciembre de 2011 en el expediente sancionador S/0154/09 MONTESA HONDA, incoado contra BARRAL MOTO S.L., entre otros, por la Dirección de Investigación con fecha 26 de abril de 2010, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La resolución impugnada tiene la siguiente parte dispositiva:

"Primero.- Declarar que ...BARRAL MOTO, S.L.... 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 Jurídico Tercero.

Segundo .- Imponer las siguientes sanciones como autores de la infracción declarada en esta resolución:

A BARRAL MOTO S.L. 5.736 euros.

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

SEGUNDO -. Con fecha 28 de diciembre de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) dictó resolución del expediente sancionador S/0154/09 MONTESA HONDA.

El expediente tiene su origen en una denuncia de un concesionario de motocicletas en Madrid, Madrileña del Motor, S.A. (CAUCA), contra su suministrador, MONTESA HONDA, S.A. (HONDA), y seis de sus concesionarios sitios en las provincias de Madrid, Guadalajara y Toledo (BARRAL MOTO, S.L., ELITE RACING, S.L., EXTREMOTO SPORTCYCLE, S.L., MOTOR CITY, S.L, MOTOLEDO, S.L. y SOAL MOTOS, S.L.). De acuerdo con la denuncia, la oposición de CAUCA a un acuerdo colusorio entre los denunciados en la venta de motocicletas de gran cilindrada de esta marca en las provincias de Madrid, Guadalajara y Toledo, y su posterior denuncia ante las matrices de HONDA, le supuso su expulsión de la red oficial de concesionarios Honda.

La Dirección de Investigación de CNC abrió una información reservada y en su marco llevó a cabo inspecciones en las sedes de HONDA y algunos de los concesionarios.

Con fecha 26 de abril de 2010 la Dirección de Investigación incoó un expediente sancionador contra HONDA; SOAL MOTOS S.L. y FESTER S.L. (conjuntamente SOAL); MOTOR CITY S.L. y MOTOL S.A. (conjuntamente MOTOR CITY); ELITE RACING, S.L. (O2 HONDA); BARRAL MOTO S.L. (BARRAL); MOTOLEDO S.L. (MOTOLEDO); y EXTREMOTO SPORTCYCLE, S.L. (EXTREMOTO), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC . Además, concedió la condición de interesado en el expediente al denunciante, CAUCA.

En cuanto a las partes

BARRAL MOTO, S.L. (en adelante, BARRAL) es una empresa situada en Coslada (Madrid) que se dedica a la venta de motocicletas, recambios y accesorios para las mismas. A diferencia de otros concesionarios que son en exclusiva de HONDA, éste es concesionario multimarca de Honda, Yamaha, Kymco, Kawasaki, Daelim, Piaggio, Hyosung y SYM.



Las conductas analizadas en este expediente afectan a la distribución minorista de las motocicletas que el fabricante/importador MONTESA HONDA realiza en Madrid, Toledo y Guadalajara a través de los concesionarios que distribuyen sus productos en dichas provincias.

TERCERO - Alega la actora que no participó de ningún acuerdo de ventas de precios mínimos en relación a las motocicletas de MONTESA HONDA, pues sus ventas así lo demuestran. Por tanto no habiéndose seguido las directrices de ningún tipo de acuerdo, tal y como se refleja en sus ventas pues decir que en algunos casos se respetaba el acuerdo y en otros no, viene a significar que no había acuerdo alguno, sin que la CNC se haya preocupado de indagar las circunstancias de cada venta a fin de poder afirmar con rotundidad que una determinada venta obedecía al cumplimiento del pacto de precios mínimos de venta o a otras circunstancias de ofertas, descuentos, etc.

Por su parte el Abogado del Estado alega que es indudable la participación de Barral en el acuerdo anticompetitivo, concurriendo tanto el elemento objetivo como el subjetivo del ilícito, refiriéndose para ello a la doctrina comunitaria que, a grandes trazos, viene a señalar que quien está en la reunión, está en el cártel, a menos que pruebe lo contrario. Considera igualmente conforme a derecho la sanción impuesta a la intensidad de la participación de Barral en la conducta típica.

CUARTO - El punto de partida para la valoración de tales alegaciones debe ser la conducta por la que se sanciona a la recurrente: se trata de una infracción del art. 1 LDC por entender probado un acuerdo de precios que tiene tanto carácter horizontal como vertical, pues nace de competidores activos en el mismo nivel de mercado por un lado, y por otra al ser el fabricante/importador el que actúa con capacidad para modificar los precios y para imponerlos a otros concesionarios que no participan de la colusión a nivel horizontal. La infracción es tipificada como continuada, se desarrolló desde mediados del año 2008 hasta finales del 2009 y dada la distinta participación de las diferentes empresas expedientadas en la conducta, se establecen diferentes grados de responsabilidad.

Han quedado constatadas una sucesión de reuniones entre el distribuidor y los concesionarios, en las que se discuten los acuerdos sobre precio mínimo de venta al público para ser aplicado por el concesionario o agente, margen fijo para el agente, control del seguimiento por Montesa Honda mediante el envío de facturas de venta al cliente, el establecimiento de descuentos condicionados al respeto del precio mínimo.

Así por ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos consta que el 4 de junio 2008 se reunieron SOAL, MOTOR CITY, O2 HONDA, CAUCA y BARRAL (folios 1.515 y 1.516), según consta en la carta enviada por MONTESA a sus concesionarios de la zona centro el 15 de julio de 2008, a raíz de la denuncia del acuerdo anticompetitivo por parte de CAUCA ante las matrices europea y japonesa de MONTESA HONDA. La reunión también está confirmada por la denunciante, que asistió a la mismas (folio 8).

Los parámetros del acuerdo se centraban en:

. Precios Mínimo de Venta al público, para ser aplicados por concesionario o por agente

. Margen fijo para el agente

. Control de su seguimiento por parte de MH, mediante el envío de las facturas de venta al cliente, condicionando descuentos al respeto del precio acordado

. Fecha de inicio de aplicación: 19 de junio de 2008

. Provincias afectadas: Madrid, Toledo y Guadalajara

EL 6 de junio de 2008 SOAL envía correo electrónico a MONTESA HONDA, CAUCA, O2 HONDA, MOTOR CITY y BARRAL (folios 138 a 140), todos ellos concesionarios de Madrid, titulado " lista ACUERDO " y aportado por la denunciante y localizado en la sede de SOAL (folio 1170), en el que se adjunta un archivo Excel que lleva por nombre 'Tarifa Acuerdo', y cuyo título es: "Lista de precios". En él hay una tabla con los modelos de motocicletas HONDA de cilindrada igual o superior a los 300 c.c., de los que se indican distintos conceptos, sobresaliendo a efectos del presente expediente, el precio de venta al público (PVP) y el margen que el concesionario concede al agente por las ventas que éste realiza en su beneficio. Se aclara que la lista de precios contenida en el archivo Excel es un "borrador previo", y se emplaza a los receptores del correo a revisar la lista y comentar aquello con lo que no estén conformes. SOAL realiza sus propios comentarios al respecto y dice " en algunos modelos, en los que no hay precio de oferta recomendado aparece un PVP muy alto, creo que será necesario tenerlo en consideración y reducirlo, ejemplo VFR800, espero vuestros comentarios sobre todo. "

Correo electrónico, folio 1517, relativo a la aplicación del acuerdo.

El 17 de junio de 2008, MONTESA HONDA envía correo electrónico aportado por la denunciante, y localizado en las sedes de MONTESA HONDA (folios 1.673 y 1.674) de SOAL (folios 1.152 y 1.153), a SOAL, O2 HONDA,



MOTOR CITY, BARRAL, EXTREMOTO y MOTOLEDO (folios 141 a 142, 1.152 a 1.153, y 1.673 a 1.674), es decir, no solo a los concesionarios de Madrid, sino que se incluye a los de Toledo y Guadalajara. Se adjunta al correo un archivo Excel que lleva por nombre 'TARIFA' y se titula en su interior "Lista de precios", y recoge una tabla con los modelos de motocicletas HONDA de cilindrada superior a los 300 cc., de los que se indican distintos conceptos, sobresaliendo a efectos del presente expediente, el PVP OFERTA, con los márgenes de agente y concesionario, y el PVP PROMO, con el margen del agente.

El 18 de junio de 2008, MONTESA HONDA envía correo electrónico aportado por la denunciante y localizado en las sedes de SOAL (folios 1.156 y 1.157) y MOTOLEDO (folios 1.186 y 1.187). a SOAL, O2 HONDA, MOTOR CITY, BARRAL, EXTREMOTO y MOTOLEDO (folios 147 a 149, 1.156 a 1.157, y 1.186 a 1.187). Este correo electrónico, titulado 'Rm: TARIFA', es continuación del anterior enviado por MONTESA HONDA (con fecha 17 de junio de 2008) y en él adjunta un nuevo archivo Excel que lleva por nombre 'TARIFA' pues el fichero adjunto al anterior correo electrónico (...) " *tenía un error en el coste agente* ". Asimismo, MONTESA HONDA se dirige a los concesionarios en los siguientes términos: " *si encontráis algún error más rogaría lo comentáramos* ".

Con fecha 18 de junio de 2008, correo electrónico de SOAL a CAUCA, O2 HONDA, MOTOR CITY y BARRAL (folios 143 a 146), aportado por el denunciante en el que se adjunta un archivo PDF que lleva por nombre 'TARIFA ACUE12-6-08 AGENTES', titulado en su interior "Lista de precios" y que lleva como encabezado "SOAL MOTOS". Recoge una tabla con distintos modelos de motocicletas HONDA, de los que se indican distintos conceptos, sobresaliendo a efectos del presente expediente, el PVP Oferta (que es inferior al PVP Tarifa, salvo en ciertos modelos de motocicletas, en los que coinciden) y el margen que el concesionario concede al agente por las ventas que éste realiza en su beneficio. El correo electrónico lleva por título 'RV: TARIFA PVP y AGENTES' y se indica que la tarifa recogida en el archivo adjunto al correo es la "NUEVA TARIFA de PVP con promociones y ofertas así como de margen comercial", que se enmarca dentro de "la nueva forma de gestión y venta de las motocicletas HONDA, (CAMPAÑA DE CONSOLIDACION DEL PRECIO DE VENTA AL PUBLICO)". Esta campaña entraría en vigor el 19 de junio de 2008.

Asimismo, MONTESA HONDA se dirige a los concesionarios en los siguientes términos: " *si encontráis algún error más rogaría lo comentáramos* ".

- . 143 a 146: Lista de precios.
- . Correo electrónico folios 151 a 154), tarifas PVP.
- . Correo electrónico folios 1573 y 1574, contiene tarifa.
- . Correo electrónico folios 157 a 159, 1164, 1165, 1575 y 1576.

Sobre las consecuencias de estas reuniones, la CNC analiza el distinto comportamiento de los precios de las motocicletas litigiosas antes y después de las reuniones. Es igualmente relevante la observación que hace la resolución impugnada cuando reconoce expresamente que " *no todas las unidades se vendieron por encima del precio mínimo, y también es cierto que antes y después del acuerdo se realizaron ventas por encima y por debajo de un determinado nivel fijado por MONTESA HONDA. Antes del acuerdo era un precio recomendado y después del acuerdo un precio mínimo de obligado cumplimiento. Debe recordar el Consejo que el establecimiento de un precio mínimo no es en sí mismo un objetivo sino un mero instrumento para situar los precios de un producto a un nivel supracompetitivo, es decir, a un nivel superior al precio al que se venderían esas unidades en el mercado en ausencia del acuerdo. En este caso las unidades vendidas en el mercado tras el acuerdo fueron claramente superiores a las unidades vendidas antes del mismo, incluso aunque se vendieran por debajo del precio mínimo. El instrumento en este caso tuvo el efecto deseado, el incremento de precios de los productos objeto del acuerdo anticompetitivo.* "

QUINTO -. La resolución está motivada en cuanto a la conducta infractora y por lo que se refiere a la responsabilidad de la parte actora se señala que se observa que BARRAL concentra sus ventas en tres de los modelos más vendidos, de los cuales en uno incrementó sus precios puntualmente en junio, en otro en julio, y en el tercero los redujo. Cabe apreciar pues una escasa aplicación del acuerdo por parte de este concesionario.

Frente a ello cabe señalar que el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 45).

SEXTO -. Y en cuanto al cálculo de la sanción, la parte actora no realiza alegación alguna al respecto, y la resolución impugnada señala en cuanto a BARRAL, que por haber acudido con otros concesionarios de Madrid a la reunión de 4 de junio de 2008 en la que se fraguó el acuerdo anticompetitivo, por haber participado en la



elaboración de la lista de precios de estos mismos concesionarios con una propuesta de incremento de precios finales de venta al público enviada a MONTESA HONDA y por haber aplicado en la venta de sus motocicletas las bases del acuerdo, aunque en menor medida que otros; le corresponde un tipo infractor, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, de un 3% que aplicados sobre 191.955€, dan un total de 5.736€, lo que consideramos ajustado a derecho.

SÉPTIMO -. En virtud de lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , procede la condena al pago de las costas a la parte actora al haberse desestimado el recurso.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **BARRAL MOTO S.L.** contra el Acuerdo dictado el día 28 de diciembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por su adecuación a derecho. Con expresa condena en costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la lltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.