



Roj: **SAN 2440/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2440**

Id Cendoj: **28079230062020100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/09/2020**

Nº de Recurso: **287/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000287 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02749/2015

Demandante: ANT SERVICIALIDAD, S.L.

Procurador: D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **BERTA SANTILLAN PEDROSA**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. **BERTA SANTILLAN PEDROSA**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 287/15 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y en representación de la mercantil **ANT SERVICIALIDAD, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 5 de marzo de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 14.514 euros por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 de esta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

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

TERCERO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones quedaron los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- Y se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 15 de julio de 2020 en que tuvo lugar, siendo Ponente la Ilma. Magistrada Sra. Dña. **Berta Santillán Pedrosa**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la entidad ANT SERVICIALIDAD, S.L. impugna la resolución dictada en fecha 5 de marzo de 2015 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI cuya parte dispositiva acuerda:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

1. ANT SERVICIALIDAD, S.L. en cuanto colaborador y facilitador para garantizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios de la marca HYUNDAI participantes en el cártel de la llamada Zona de Madrid de septiembre de 2012 a junio de 2013.

TERCERO. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. ANT SERVICIALIDAD, S.L.: 14.514 euros.

(...)

QUINTO. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Concretamente, en la resolución sancionadora impugnada se consideró que los concesionarios de los vehículos de motor de la marca HYUNDAI con la colaboración de la entidad ahora recurrente, ANT SERVICIALIDAD, habían realizado actuaciones que podían calificarse como una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Y la CNMC justificaba la comisión de la citada infracción refiriendo que estaba *"suficientemente acreditado que las concesionarias de la marca HYUNDAI incoadas, a través de los contactos y reuniones entre representantes de dichos concesionarios independientes de la marca en la denominada "Zona de Madrid", con la colaboración de ANT SERVICIALIDAD, S.L., han llevado a cabo una práctica contraria a las normas de competencia a través de la realización de conductas ilícitas en el mercado de distribución de vehículos de motor turismo de la marca HYUNDAI. Las conductas ilícitas se concretaron en la adopción de acuerdos de fijación de descuentos máximos y el intercambio de información sensible de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde septiembre de 2012 hasta junio de 2013, siendo el mercado afectado el de la distribución a particulares y PYMES de los modelos i30, ix35 y Santa Fe"*.

Además, en la resolución sancionadora se decía que: *"La conjunción de todos los elementos citados, nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante unas prácticas constitutivas de cártel, por cuanto concurren los presupuestos necesarios contenidos en la disposición adicional cuarta de la LDC . En cuanto al elemento subjetivo requerido, resulta evidente que las partes del presente procedimiento son empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca HYUNDAI y que han llevado a cabo acuerdos durante un periodo que discurre al menos desde septiembre de 2012 hasta el desarrollo de las inspecciones por la DC en junio de 2013. Estos acuerdos, consistentes principalmente en la fijación de precios, mediante fijación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyen conductas que tanto el artículo 1 de la LDC como la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley prevén como acuerdos prohibidos y merecedores de sanción. Igualmente, ha quedado acreditado que las empresas han adoptado sus acuerdos con manifiesta ocultación y secretismo, así*

como el papel sobre el control de la efectiva implementación y supervisión de esos acuerdos realizado por la empresa ANT, que pese a ser agente económico que no participa en el mercado del producto definido, realizaban una labor estratégica para el mantenimiento del cártel".

En relación con la participación de la entidad aquí recurrente, ANT SERVICIALIDAD, S.L., la resolución impugnada señala que: *"Esta Sala de Competencia considera acreditado que ANT, pese a ser entidad ajena al mercado afectado, ha participado activamente en la infracción actuando como controlador del cumplimiento de los acuerdos del cártel en la llamada "Zona de Madrid". Su labor de control y vigilancia ha contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado. Los servicios de ANT fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las incoadas, y por tanto para facilitar la ejecución y el mantenimiento de estos en el tiempo, incluso previendo un sistema de multas para los casos en los que se detectaran incumplimientos de lo pactado a través de los informes de ANT. Tampoco cabe duda alguna respecto del conocimiento de ANT sobre el carácter ilícito de la conducta, puesto que en su propia metodología de actuación se explicita el carácter confidencial "dada la peligrosidad de este tipo de estudios", así como la mención a que ninguno de los evaluadores "sabría realmente el propósito final del estudio". Queda acreditada por la información obrante en el expediente el intento de ANT de dotar a sus servicios de una apariencia de legalidad a través del empleo de expresiones poco sospechosas e incluso vagas ("estudios de mercado"), con el objetivo de pasar desapercibidos a terceros ajenos a los acuerdos. Ello manifiesta la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de sus autores. La jurisprudencia comunitaria ha venido estableciendo de modo pacífico, que "toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria ya estaba ínsito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa" (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand AG c. Comisión). El estratégico papel jugado por la empresa ANT constituye un claro valor añadido para la efectividad de los acuerdos, además de un elemento característico, como ya se ha dicho, de este tipo de conductas, que en absoluto resulta novedoso para la Autoridad de competencia. Este tipo de mecanismos de control habituales en los cárteles se articulan típicamente a través de intercambios de información mediante sistemas de auditoría, o bien mediante el empleo de un fiscalizador o coordinador".*

Finalmente, la CNMC en relación con la actuación de la entidad recurrente ANT concluye: *"ha quedado acreditado que las empresas han adoptado sus acuerdos con manifiesta ocultación y secretismo, así como el papel sobre el control de la efectiva implementación y supervisión de esos acuerdos realizado por la empresa ANT, que pese a ser agente económico que no participa en el mercado del producto definido, realizaba una labor estratégica para el mantenimiento del cártel".*

SEGUNDO.- Conviene recoger la descripción que la resolución recurrida realiza sobre la forma en que se desarrollaron las conductas sancionadas así como la relación entre los concesionarios de los vehículos de motor de la marca HYUNDAI y la entidad ANT SERVICIALIDAD.

La CNMC entiende acreditada la existencia de prácticas contrarias al derecho de la competencia consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca HYUNDAI, al menos desde septiembre del año 2012, entre concesionarios oficiales independientes de la citada marca y con la directa colaboración de ANT y HORWATH.

Explica la resolución sancionadora que la realización de esas prácticas se organizó por zonas geográficas: "Zona de Madrid" y "Zona de Barcelona". En cada una de ellas, según refiere la CNMC, participaban diferentes concesionarios, de acuerdo con su ámbito geográfico de influencia, siendo homogéneo su comportamiento gracias a un denominador común, ANT, sujeto facilitador y monitorizador de los acuerdos adoptados por los concesionarios de cada zona, realizando el control del precio de venta y condiciones comerciales acordados por estos y facilitándoles el intercambio de información, en cumplimiento de los acuerdos adoptados.

La CNMC destaca que los servicios que prestaba ANT consistían en evaluar la atención al cliente y de calidad de las empresas que contrataban sus servicios, bajo la marca "El Cliente Indiscreto", y además, realizaba una segunda actividad consistente en los denominados "estudios de precios" o "estudios de mercado/marketing", que recogían la información de los modelos de vehículos pactados, información posteriormente intercambiada con los concesionarios miembros del supuesto cártel, identificando los precios ofertados por dichos concesionarios.



Así se reflejaba en las facturas emitidas por ANT a los concesionarios implicados y en diferentes documentos relativos a la metodología de actuación de ANT, en los que se señalaba su carácter confidencial dada la "peligrosidad" de este tipo de estudios, así como el desconocimiento por parte de los evaluadores que visitaban los concesionarios, con el objetivo de obtener la mejor oferta posible de un determinado modelo, de la existencia de los acuerdos adoptados por los concesionarios.

A juicio de la CNMC, la documentación intervenida en la inspección de ANT, revela que a partir de las visitas realizadas por los evaluadores de ANT y de las fichas que realizaban por cada visita a cada concesionario, ANT recopilaba dicha información, para luego remitirla a los concesionarios implicados, señalando si se había respetado el descuento máximo o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo, comprobando si los concesionarios miembros del cártel respetaban o no la política comercial establecida por éstos. La información que se compartía con todos los concesionarios implicados de cada zona era la información referida a los precios ofertados por cada concesionario, sobre un modelo concreto, los descuentos aplicados, regalos ofrecidos, así como las "incidencias" o "irregularidades" detectadas, siendo este intercambio de información entre ANT y los concesionarios implicados una pieza clave para el control del cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Continua la resolución sancionadora refiriendo que el objetivo de dichos "estudios de mercado", tal y como expresamente especificaba ANT en la presentación de su Política Comercial de 13 de septiembre de 2012, era acabar con la competencia por precios y homogeneizar los descuentos máximos, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos de fijación de precios adoptados, ofreciendo descuentos superiores y precios más baratos, y remitiendo dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel, facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Con ese fin, ANT disponía de la información necesaria para poder llevar a cabo la monitorización de los acuerdos adoptados, indicándose los vehículos que se incluían en los acuerdos, así como las campañas que se aplicaban, aportando también tabla resumen, para un modelo determinado, con la identificación del concesionario, campañas a aplicar, precio de mercado, oferta, regalos, tasaciones, etc. y, en su caso, las incidencias detectadas respecto del incumplimiento de algunos de los términos de los acuerdos adoptados.

TERCERO.- La entidad recurrente, ANT SERVICIALIDAD, en su escrito de demanda solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada. Y ello en virtud de los siguientes razonamientos:

1. Nulidad de la orden de inspección e investigación.
2. Vulneración del principio de no concurrencia de sanciones.
3. Caducidad del expediente sancionador.
4. Falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa.

CUARTO.- Ce ntrado el objeto de debate y a la hora de abordar los distintos motivos impugnatorios que plantea la demanda debemos alterar el orden de su análisis. Y ello porque esta Sala ya se ha pronunciado en numerosas sentencias estimando los recursos contenciosos administrativos interpuestos por los concesionarios de los vehículos de motor de la marca HYUNDAI que fueron sancionados en la misma resolución sancionadora ahora impugnada. Y esos pronunciamientos estimatorios van a afectar, como no podía ser de otro modo, a la sanción impuesta a la entidad recurrente ANT SERVICIALIDAD por cuanto se le ha sancionado por su papel de facilitadora del cártel antes referido en el mismo mercado del producto, como son los vehículos de motor de la marca HYUNDAI.

En esas sentencias estimatorias dictadas respecto de los concesionarios de la marca HYUNDAI hemos indicado que el examen de las actuaciones llevadas a cabo por la CNMC revelaba una inconsistencia probatoria que justificase la imputación a los citados concesionarios por su participación en el supuesto cártel que describía la misma resolución sancionadora ahora recurrida y, por tanto, esa conclusión debe afectar también sin ninguna duda a la actuación de la recurrente ANT en su papel de facilitador y de colaborador en la realización de unas conductas que, en relación con la imputación realizada a los concesionarios de la marca HYUNDAI, esta Sala ha declarado su nulidad porque entendió que la CNMC había apoyado la resolución sancionadora en presunciones que no podían tener valor probatorio de la realización de las conductas colusorias imputadas a los concesionarios.

Y esa misma conclusión nos debe llevar ahora a declarar la nulidad de la sanción impuesta a ANT por cuanto la actuación imputada y sancionada ha sido como facilitadora y colaboradora en relación con unas conductas desarrolladas por los concesionarios que esta Sala ha declarado carentes de prueba. Y esa conexión entre la actuación de ANT y la de los concesionarios nos lleva a la estimación del presente recurso con la declaración de nulidad de la sanción impuesta a la entidad ANT en el expediente sancionador S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI.



Por tanto, según decíamos en las sentencias estimatorias aludidas como no era posible confirmar la tesis de la resolución recurrida sobre la existencia de un cártel en los concesionarios de la marca HYUNDAI, así como sobre el papel de la entidad ANT vigilando el cumplimiento de los acuerdos adoptados, procede, en consecuencia, declarar la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a ANT SERVICIALIDAD, S.L. se refiere al igual que ya hicimos en relación con los concesionarios de los vehículos de dicha marca.

QUINTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 287/15 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, que actúa en nombre y en representación de la mercantil **ANT SERVICIALIDAD, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 5 de marzo de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 14.514 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.