



Roj: **SAN 2313/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2313**

Id Cendoj: **28079230062020100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/07/2020**

Nº de Recurso: **280/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000280 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02732/2015

Demandante: ANT SERVICIALIDAD S.L.

Procurador: D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ACCESSORIS MANRESA 4X4, S.L., HOWARTH AUDITORES ESPAÑA SLP

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 280/15 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y representación de **ANT SERVICIALIDAD S.L.** contra la resolución de 5 de marzo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa 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.

Habiendo 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 ésta Sala, se dicte sentencia por la que declarando haber lugar a la misma:

"Revoque en su integridad la referida resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante al amparo de una Orden de Investigación que dictada en fecha 28 de mayo de 2013 frente a mi cliente debe declararse nula y cuya nulidad implica también la del acuerdo de incoación del expediente administrativo y la de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental procedente de la inspección practicada en las diligencias previas S/0471/13, quedando la resolución final carente de prueba de cargo.

Con carácter subsidiario al punto 1, es decir, si no se estimase, revoque en su integridad la referida resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse rechazado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante en el marco de una labor inspectora que efectuada los días 4 y 5 de junio de 2013 en las instalaciones de mi cliente debe declararse nula en relación con la documental que se incorporó al Expediente S/0487/14 Concesionarios Land Rover, procedente de las Diligencias Previas S/0471/13, a medio del acuerdo de incoación del expediente administrativo y de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental que, dictados en el marco del mismo deben igualmente declararse nulos quedando la resolución final carente de prueba de cargo.

Con carácter subsidiario a los puntos 1 y 2, es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores, revoque la referida resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a derecho por haberse conculcado con la sanción impuesta a mi cliente de 14.514 euros el principio de no concurrencia de sanciones, dejando aquella sin efecto (en los términos expuestos en el Hecho Segundo y en el apartado segundo de los fundamentos jurídico-materiales).

Con carácter subsidiario a los puntos 1, 2 y 3,, es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores revoque en su integridad la referida resolución de 5 de marzo de 2015, al haberse producido la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, decretando la nulidad frente a mi cliente de la diligencia dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, en fecha 29 de enero de 2015 por el que suspendió, con efectos de 3 de febrero, el plazo para resolver (en los términos expuestos en el Hecho Tercero y en el apartado tercero de los fundamentos jurídico-materiales).

Con carácter subsidiario a los puntos 1, 2, 3 y 4,, es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores revoque en su integridad la referida resolución de 5 de marzo de 2015, por no ser conforme a derecho, dejando sin efecto la sanción a mi cliente de 14.514 euros por haberse calculado sobre la base de un documento incorporado al expediente administrativo al margen del procedimiento legalmente establecido, al amparo de una diligencia dictada por la Secretaría del Consejo de la CNMC en fecha 2 de marzo de 2015, en el marco del expediente S/0488/13 Concesionarios Hyundai cuya nulidad debe declararse para con mi representada.

Con carácter subsidiario a los puntos 1, 2, 3, 4 y 5, es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores, revoque en su integridad la referida resolución de 5 de marzo de 2015, por no ser conforme a derecho al haberse impuesto una sanción a mi cliente de 14.514 euros que infringe el principio de proporcionalidad reduciéndose en la medida que la Sala estime oportuno de conformidad con los criterios propuestos en el Hecho Cuarto y en el apartado cuarto de los fundamentos jurídico-materiales".

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

TERCERO.- Mediante Auto de 28 de noviembre de 2017, se declaró pertinente la documental propuesta por la recurrente, teniendo por reproducido los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como los documentos acompañados a la demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios. Asimismo, se fijó la cuantía del recurso en 14.514 euros.

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

QUINTO.- Mediante providencia de 13 de junio de 2019, al haber anunciado el Ponente inicialmente designado, D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO su intención de formular voto particular a la sentencia mayoritaria se designó nuevo Ponente recayendo en el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

SEXTO.- Para la votación y fallo del recurso se señaló el día 22 de julio de 2020, en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 5 de marzo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa 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.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER", era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 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:

ANT SERVICIALIDAD, S.L.

(...).

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

ANT SERVICIALIDAD, S.L : 14.514 euros

(...)

QUINTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) El 30 de abril de 2013, la entonces Dirección de Investigación acordó iniciar una información reservada al haber tenido conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como en el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español.

2) En el curso de dichas actuaciones, los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI llevó a cabo inspecciones en la sede de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DI que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador " S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER contra las empresas que relacionaba, entre ellas ANT SERVICIALIDAD, S.L , por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC .

Con fecha 2 de julio de 2014, la Dirección de Competencia acordó, la ampliación de la incoación contra las empresas QUIAUTO, S.A.U., DIVENTO 4X4, S.A., SALA TEAM, S.L., ACCESSORIS MANRESA 4X4, S.L., LAND MOTORS, S.A. y AUTO PLA DE VIC, 4 per 4, S.L

4) El 11 de julio de 2014, la ya Dirección de Competencia, formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

5) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 24 de noviembre de 2014, el día 26 de noviembre siguiente la DC, emitió propuesta de resolución.

6) Presentadas alegaciones, el 23 de diciembre de 2014 la DC elevó al Consejo de la CNMC, informe y propuesta de resolución.

7) Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2014, o la mejor estimación disponible, con suspensión del plazo para resolver. Suspensión que fuealzada el 20 de febrero de 2015, con efectos de la misma fecha.

8) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CN MC deliberó el asunto en su reunión de 5 de marzo de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.



SEGUNDO .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, ANT SERVICIALIDAD, S.L.) , del siguiente modo:

ANT fue constituida en el año 2000, encontrándose su domicilio social en Elche (Alicante). La empresa pertenece a partes iguales a dos personas físicas sin que esté relacionada vertical y horizontalmente con ninguna otra empresa o grupo de empresas. Su objeto social consiste, entre otros, en la prestación a empresas de servicios de atención al cliente, estudios de mercado y similares. En concreto, en relación a los tipos de servicios que ANT ofrece a las empresas distribuidoras de vehículos de motor, ANT ha establecido las siguientes categorías de servicios.

- a. Realización de evaluaciones de "comprador misterioso" para marcas de automoción: en este tipo de servicios ANT evalúa la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, entregando al cliente un informe cualitativo del seguimiento del proceso completo de venta, desde la llamada del cliente para quedar con el vendedor, hasta el presupuesto realizado por el comercial y la llamada de seguimiento para conocer la decisión de compra del cliente.
- b. Realización de evaluaciones de "comprador misterioso" para concesionarios o grupos del mismo propietario que participa en el mercado con diferentes marcas: se analiza la calidad en la atención al cliente adjuntando en los resultados de su trabajo de investigación la oferta económica que le ha sido presentada para que el cliente pueda comprobar cómo actúan sus comerciales.
- c. Evaluaciones de "comprador misterioso" para grupos de concesionarios: informes en los que se analiza la actuación completa de un comercial al realizar el proceso de venta de un vehículo.
- d. Realización de evaluaciones de "comprador misterioso" para concesionarios que quieren evaluar a su competencia (otras concesiones de su zona) y conocer las técnicas de venta que utilizan y las ofertas que dan.
- e. Análisis de ventas perdidas, para conocer los motivos por los que un cliente finalmente no compró.
- f. Recuperación de clientes de taller, mediante llamadas para ofrecer una promoción y conseguir que vuelvan al taller a realizar sus revisiones.
- g. Mystery calling a talleres y a ventas, para evaluar la calidad del servicio telefónico, plazos para ofrecer citas y las ofertas que se realizan.
- h. Formación: ofrecida a través de freelance independientes para que las empresas mejoren los aspectos más débiles detectados en la atención al cliente.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cuál es la relación entre la marca y el concesionario, se refiere al régimen jurídico de los concesionarios, regidos por contratos de distribución de vehículos y de servicios concertados con los proveedores y fabricantes de las marcas oficiales de modo tal que el proveedor vende sus productos al distribuidor y éste los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial. Señala que en la distribución minorista de automóviles nuevos la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que éste establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados, práctica que estaría cubierta por el Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. Quiere ello decir que el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos derivados del negocio.

En cuanto a la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de la distribución de vehículos de motor todoterreno y accesorios de la marca LAND ROVER, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca. Explica que el mercado afectado por las prácticas objeto de investigación en este expediente sancionador abarca todoterrenos de la marca LAND ROVER nuevos vendidos a particulares, flotas de todoterreno, si bien no quedan incluidas grandes flotas y todoterreno de "kilómetro 0".

Particular relevancia tienen las consideraciones relativas al mercado geográfico que comprendería, según la resolución sancionadora, la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas. Zona geográfica que puede distinguirse de otras próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia prevalecientes en ella son sensiblemente distintas a aquéllas.

Razona que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

El proveedor, dice, según el contrato que suscribe con los concesionarios y que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine y que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario; de lo que concluye que los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, con una influencia significativa en las provincias limítrofes.

Al analizar dicho ámbito de influencia, la Dirección de Competencia habría comprobado que las zonas geográficas en que se manifestaban las prácticas supuestamente anticompetitivas coincidían con las zonas de influencia de los concesionarios de la marca Land Rover, lo que le lleva a identificar la llamada "Zona de Madrid", que incluiría los concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y Toledo y Guadalajara.

Se refiere igualmente a la "Zona de Cataluña", que incluía los concesionarios ubicados en la provincia de Barcelona, así como en las provincias limítrofes de Tarragona y Gerona.

Respecto de la denominada "Zona de Madrid", considera que casi todos los concesionarios de la marca LAND ROVER ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid han participado en el cártel.

En cuanto a la Zona de Barcelona de los concesionarios (incluidos puntos de venta de los mismos) del listado de concesionarios pertenecientes a toda la Comunidad Autónoma de Cataluña destaca la existencia de un concesionario en Girona, otro en Tarragona y un tercero en Lleida, siendo significativa la influencia de los concesionarios situados en Barcelona con respecto al resto de las provincias de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Por último, analiza la estructura del mercado que caracteriza, por el lado de la oferta, y después de exponer las peculiaridades relacionadas con el precio de adquisición del vehículo por el concesionario a la marca y la determinación del precio de venta al público, como un mercado maduro relativamente transparente, con un número de concesionarios reducido, estable en su número sin entradas de nuevos competidores en el mismo durante todo el desarrollo del cártel.

Desde el punto de vista de la demanda, se refiere a los tres canales principales (flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor).

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT, así como las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados.

Las pruebas así obtenidas pondrían de manifiesto que los concesionarios participantes adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de llevar a cabo un intercambio de información comercialmente sensible sobre el nivel máximo de descuentos aplicables a la mayoría de los nuevos modelos de automóviles, las ventas de vehículos Km. 0 de la marca LAND ROVER, con carácter puntual y las ventas de vehículos de flota el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca LAND ROVER, con la colaboración de ANT y HORWARTH.

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, cuya actividad principal consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, lo cuales eran prestados bajo la marca "El Cliente Indiscreto", normalmente a través de estudios de calidad en los que figuraba solamente la información referente al concesionario al que concierne y a disposición únicamente del concesionario evaluado, así como en prestar otros servicios a los concesionarios (bajo la denominación "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas) con el objeto, explícitamente reflejado por ANT en sus presentaciones, de "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos" a fin de conseguir incrementar el margen comercial por vehículo vendido, valiéndose para ello del seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias" (es decir, los incumplimientos) a los integrantes del cártel de cada zona, y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida.



Tras valorar las pruebas aportadas en relación a la participación de los concesionarios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información sensible entre las empresas concesionarias de vehículos de la marca LAND ROVER que relaciona, en concreto, ADVENTURE CENTER, S.L., 4. BRUSELAS MOTOR 4X4, S.L., C. DE SALAMANCA, S.A., DEYSA LAND ROVER, DIVENTO 4X4, S.A., MOVILCAR, S.A., QUIAUTO, S.A.U, ACCESSORIS MANRESA 4X4, S.L., AUTO PLA DE VIC 4 per 4, S.L., LAND MOTORS, S.A., con la colaboración y participación de A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L y HOWARTH.

Constata entonces la existencia de un cártel en Madrid integrado por las empresas, ADVENTURE CENTER, C. de SALAMANCA, BRUSELAS MOTOR, QUIAUTO y MOVILCAR, DEYSA y DIVENTO que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismo de la marca LAND ROVER. Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante el período comprendido entre enero de 2011 y junio de 2013 (Divento solo hasta abril de 2011) y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, las ventas de vehículos Km. 0 de la marca LAND ROVER, con carácter puntual y para ventas de vehículos de flota y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prácticas prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con "... manifiesta ocultación y secretismo".

En su relación de hechos acreditados se refiere la CNMC de manera especial al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos a través de la contratación de la empresa ANT SERVICIALIDAD, intervención que se revela como determinante, en muchos de los casos, para justificar la participación de cada uno de los concesionarios sancionados en los acuerdos colusorios, y a la que nos hemos de referir después al analizar, precisamente, la prueba inculpativa acumulada frente a la empresa aquí recurrente.

La prueba de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos. A ello se añaden otras pruebas como los denominados "Protocolos de Revisión", de 2011 y 2013 realizados por HOWARTH, en los que se detallan las condiciones y tarifas del servicio prestado por ANT (precio por visita y estudio), así como los términos de los acuerdos adoptados por el cártel y las condiciones que las partes deben cumplir. Asimismo, se especifican las excepciones comerciales que pueden realizarse fuera del acuerdo, los mecanismos de intercambio de la información a través de las denominadas "reuniones de concesiones", la valoración de las incidencias en las reuniones de "Junta de Gerentes" de los concesionarios participantes en el cártel, que se realizaban mensualmente y la propia delimitación territorial del cártel.

Finalmente, la existencia de contactos directos entre los concesionarios participantes del acuerdo a través de las reuniones periódicas llevadas a cabo para tratar cuestiones relativas a los Protocolos citados a las que haremos luego referencia.

Destaca finalmente la resolución recurrida que el cartel mantuvo la metodología seguida por los evaluadores de ANT, realizando las visitas en los concesionarios LAND ROVER de la "Zona de Madrid", según las anotaciones manuscritas en carpeta LAND ROVER, de 8 de enero de 2013, recabadas en la inspección de ANT (folios 146 a 153).

TERCERO.- Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC.

Seguidamente describe los hechos determinantes de la infracción supuestamente cometida por las citadas empresas del siguiente modo:

En el caso de ANT SRVICIALIDAD S.L, la imputación obedece a su participación en el cártel de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información de la Zona de Madrid desde enero de 2011 a junio de 2013 y en el cártel de la Zona de Barcelona durante 2011.

CUARTO.- En su demanda, la parte recurrente, plantea como motivos impugnatorios, la anulabilidad de la resolución recurrida por infracción de los artículos 18.2, 18.3 y 24.1 de la CE, 40 de la LDC y 13 del Real Decreto, por el que se aprueba el reglamento de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia relativa a los mismos por la ilegalidad en la obtención de las pruebas de cargo. A su juicio, la Orden de Investigación de la CNMC, adolecía de defectos jurídicos manifiestos, al no satisfacer el contenido mínimo exigido por el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Defectos,



dice la actora, que nunca pudieron ser convalidados por el Auto de autorización de entrada de 3 de junio de 2013, conforme reiterada jurisprudencia, y ello sin tomar en consideración que incluso el referido Auto de autorización arrastraba idénticos defectos.

Además, la información a la que había tenido acceso y que motivó la información reservada s/0471/13, en modo alguno relacionaba "las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor" con concesionarios de la marca Land Rover por lo que no existía ningún indicio que permitiese la recopilación de la documental que posteriormente se incorporaría por la Dirección de Competencia al expediente y que constituye la única prueba de cargo en el expediente de Land Rover.

En segundo lugar, denuncia la infracción del principio "non bis in ídem" contemplado en el art. 133 de la ley 30/1992 por haberse sancionado por los mismos hechos y con idéntico fundamento que los que fueron objeto de sanción en las resoluciones Opel, Hyundai y Toyota. Considera que la imposición de una nueva sanción inmediatamente después de las impuestas en las resoluciones de Opel, Hyundai y Toyota, sería desproporcionada y vulneraría el citado principio.

Denuncia, en tercer lugar, la caducidad del procedimiento de conformidad con el art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Desde que se le notificó el acuerdo de incoación el 30 de agosto de 2013 hasta la notificación de la resolución sancionadora el 16 de marzo de 2015, transcurrieron más de 18 meses.

No se le notificó el acuerdo de suspensión del plazo para resolver de 29 de enero de 2015 (impidiéndole aportar sus cifras de negocio de 2014) por lo que ningún efecto podía tener para ella dicha suspensión.

Finalmente, denuncia la desproporción de la sanción impuesta. Denuncia que, mediante una diligencia de 2 de marzo de 2015, se fijó la sanción privándole de trámite de audiencia.

De entenderse suficiente la cifra de negocios de 339.943, 54 euros) no debiera aplicarse un tipo sancionador tan elevado.

QUINTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, la recurrente denuncia la nulidad de la resolución recurrida por infracción de los artículos 18.2, 18.3 y 24.1 de la CE, 40 de la LDC y 13 del RDC.

Explica ANT, que el procedimiento sancionador al que pone fin la resolución recurrida tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley toda vez que la incautación de documentos que tuvo lugar durante las Inspecciones realizadas en la sede de ANT habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entiende que los datos y elementos contenidos en las órdenes de investigación que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos inculpativos no delimitaban, como exige el artículo 40 de la LDC y el artículo 13 del RDC, las conductas objeto de dicha investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto, limitado a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas Audi, SEAT y Volkswagen) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como las imputadas después a los concesionarios LAND ROVER.

Además, la CNMC habría incurrido, a su juicio, en la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución puesto que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNMC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídicas, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Debemos rechazar los motivos de nulidad alegados.

Por otra parte, la entrada en la sede de ANT contaba con autorización judicial otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio siguiente.

Esa circunstancia no excluye que podamos pronunciarnos sobre la validez de la orden de entrada pues ya el TS en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201 / 2011 (UNESA) precisó que *"el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad."*

Pues bien, en la sentencia de 31 de octubre de 2017, rec. 1062/2017, que vino a fijar criterio sobre la validez de las Ordenes de investigación en las inspecciones domiciliarias de la CNMC con arreglo al nuevo modelo de casación, el Tribunal Supremo confirmó la resolución de un Juzgado, denegatoria de la solicitud formulada por



la CNMC de entrada en una empresa porque la Orden de investigación no concretó las razones que vinculan la necesidad de la entrada en el domicilio con el objeto de la investigación.

Ahora bien, la Orden de investigación para la entrada en la sede de ANT hacía saber a ésta que "La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor".

La orden contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT que vinculaba además su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de las marcas SEAT, VW y AUDI, pero no LAND ROVER, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye HOWARTH.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, recurso núm. 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión en estos términos:

"QUINTO.- Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas". Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección acreditativas de la participación de ANT en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación a la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

SÉXTO.- Denuncia la actora la caducidad del procedimiento.

Recuerda que el plazo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador finalizaba el 28 de febrero de 2015 y que se le notificó la resolución sancionadora el 16 de marzo de 2015.

A ANT no se le notificó el acuerdo de suspensión del plazo para resolver de 29 de enero de 2015, afectando a sus intereses no solo porque se suspendía el escaso margen temporal del que disponía la CNMC para resolver sino porque le impedía aportar sus cifras de negocio de 2014, por lo que ningún efecto podía tener la suspensión para ella.

El argumento relativo a la caducidad del procedimiento en el expediente " S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER " fue resuelta por la Sala en las sentencias dictadas en los recursos interpuestos por los distintos concesionarios sancionados. Así en la dictada a instancia de Land Motors, decíamos:

"Considera por ello que la resolución sancionadora debió dictarse como tarde el 28 de febrero de 2015, sin embargo, se dictó el 5 de marzo y se le notificó el 16 de marzo, cuando el procedimiento había caducado según lo expuesto.

El requerimiento de información de 29 de enero de 2015, se le notificó a LAND MOTORS el 3 de febrero de 2015 (folio 9662) que lo cumplimentó el 13 de febrero de 2015.

Si sumamos los diez días de suspensión desde el 28 de febrero, fecha tope resulta que cuando se le notifica la resolución sancionadora el 16 de marzo, está fuera de marzo.

Ahora bien, el 20 de febrero de 2015, hay un acuerdo de levantamiento de la suspensión (folio 10054) que dice:

"Por Acuerdo de fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, relativo al requerimiento de información, acordó suspender, con fecha 3 de febrero, el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que por parte de los interesados se aportara determinada documentación o en su caso transcurriera el plazo concedido.

El día 6 de los corrientes, tres entidades solicitaron una ampliación de 5 días, siendo concedido, mediante Acuerdo de 10 de febrero.

Transcurrido el plazo concedido, procede pues efectuar el levantamiento de la suspensión con efectos de 20 de febrero de 2015.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados."

Este acuerdo de levantamiento de la suspensión fue notificado a LAND MOTOR el 24 de febrero de 2015 (folio 10070.8) que no hizo alegación alguna.

La resolución sancionadora se dictó el 5 de marzo que fue notificada a LAND MOTOR el 13 de marzo de 2015 (folio 10257).

Por tanto, de conformidad con el art. 12.3 del Reglamento de Defensa de la competencia si sumamos desde el 28 de febrero de 2015, los 17 días naturales de suspensión, cuando se notifica a LANDS MOTOR la resolución sancionadora, no había transcurrido el plazo de caducidad del procedimiento.

Podría argumentarse, si bien no lo hace el recurrente, que LAND MOTOR cumplió el requerimiento el 13 de febrero de 2015, por lo que la suspensión se alzaba para él desde esa fecha, sin embargo, para todos los casos, el art. 12.2 del reglamento dice:

"2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará qué se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados."

En el presente caso, ese acuerdo se dictó el 20 de febrero de 2015 y fijó esa fecha como la de levantamiento de la suspensión, notificándose ese acuerdo a la actora que no lo cuestionó.

Aunque el citado acuerdo no precisa la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento, lo relevante es que fija las fechas que deben computarse para determinar el periodo de suspensión, del 3 al 20 de febrero.

Si no se hiciera así, los periodos de suspensión serían diferentes para cada interesado, lo que resulta incompatible con el carácter único del procedimiento.

Por lo tanto, sumado el periodo de suspensión desde el 28 de febrero, el 13 de marzo de 2015 no había caducado el procedimiento.

Por lo demás, no advertimos desidia o tramitación deficiente en la instrucción del procedimiento y ni siquiera la actora destaca que haya existido un retraso excesivo entre trámites o para llevar a cabo alguna diligencia de instrucción."

El art. 37.1.a de la ley 17/2015 permite la suspensión del procedimiento:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

El precepto no distingue, a juicio de la mayoría de la Sala, a los efectos de suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria.

Es más, el art. 37.1 distingue supuestos de suspensión ordinaria, el apartado 2, una suspensión basada en circunstancias especiales y el apartado 4 un supuesto excepcional de ampliación del plazo máximo de resolución.

Lo cierto es que la CN MC necesitaba disponer del volumen de facturación para motivar la cuantía de la sanción y de ahí el requerimiento para la aportación de ese dato que justificó la ampliación del plazo al amparo del art. 37.1.a) de la Ley 15/2007 que ofrece plena cobertura a tal solicitud.

Por lo tanto, a juicio de la mayoría de la Sala, carece de fundamento la alegación relativa a la caducidad del procedimiento sancionador pues la CNMC empleó correctamente la posibilidad que ofrece el art. 37.1.a de la Ley 15/2007 a fin de recabar un dato imprescindible para calcular la sanción dictándose la resolución que le puso fin dentro del plazo legal."

Criterio trasladable igualmente a ANT.

SÉPTIMO.- Denuncia a continuación ANT la infracción del principio "non bis in ídem" porque por los mismos hechos y con base en idénticos fundamentos fue sancionada en la misma fecha en las resoluciones Opel, Hyundai y Toyota.

El art. 133 de la Ley 30/1992, entonces aplicable disponía que " *no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*".

Conviene recordar que el expediente S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, terminó con resolución sancionadora de 5 de marzo de 2015

El expediente S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI, terminó con resolución sancionadora de 5 de marzo de 2015

Finalmente, el expediente S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, finalizó con resolución de 5 de marzo de 2015.

Ahora bien, el hecho de que los tres expedientes anteriores concluyeran mediante resolución de la misma fecha y que el "modus operandi" de ANT fuera el mismo, no significa que concurra la triple identidad requerida para apreciar la doble sanción prohibida por el precepto referido pues no hay identidad de hechos como lo revela que se incoaron tres expedientes distintos para enjuiciar las conductas realizadas por una serie de concesionarios de las marcas referidas en las que, en relación con tales concesionarios, ANT, como reveló cada expediente sancionador ocupó un papel facilitador de tales prácticas.

Lo mismo sucede ahora, en relación al denominado cartel de "Land Rover" en el que se ha acreditado el mismo rol facilitador de las conductas prohibidas por parte de ANT, sin que se concurra la duplicidad de sanciones a la que alude aquel precepto.

OCTAVO.- Finalmente, en cuanto a la sanción impuesta denuncia ANT que al margen del procedimiento legalmente establecido dictó una diligencia el 2 de marzo de 2015 (folio 10071) que no se le notificó y sin posibilidad de formular alegaciones infringiendo lo dispuesto en el art. 51.1 Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Dicho precepto establece:

"1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización."

Aquí no estamos en ese trámite sino en el de concreción del importe de la sanción y para ello, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia requiere al investigado para que aporte su volumen de negocio en el año inmediatamente anterior al de imposición de la sanción. En el presente caso, ya disponía de él por haberlo facilitado ANT por lo que no era necesario dar trámite de audiencia en relación a un dato facilitado con anterioridad, no siendo de aplicación el precepto antes citado relativo a la práctica de pruebas.

Por lo demás, la recurrente cuando alega desproporción de la sanción se refiere, no a su importe final sino al tipo sancionador aplicado. Este, ha sido del 2,5%, efectivamente el más alto pero la resolución recurrida lo explica al igual que ocurre con HOWARTH por " *su papel determinante, no como meros asistentes o colaboradores pasivos del cártel, sino como auténticos facilitadores activos e instrumentos clave del intercambio de información a sabiendas de su ilicitud*".

Esta circunstancia, se encuentra acreditada y justifica ese tipo agravado que se traduce en una sanción de 14.514 euros que la actora no discute y que la Sala entiende absolutamente proporcionada.

NOVENO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS



Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, actuando en nombre y representación de **ANT SERVICIALIDAD S.L.** contra la resolución de 5 de marzo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa 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, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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

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 14/09/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO