



Roj: **SAN 2449/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2449**

Id Cendoj: **28079230062020100216**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/07/2020**

Nº de Recurso: **476/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000476 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05684/2016

**Demandante:** BATTICALOA INVERSIONES SL.

**Procurador:** D. IGNACIO GÓMEZ GALLEGOS

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. 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 veintinueve de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 476/16 promovido por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de **BATTICALOA INVERSIONES SL.**, contra la resolución de 13 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0506/14/Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 215.592 euros. 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 se dictase sentencia por la que declare no ser ajustada a derecho la resolución recurrida y, en consecuencia, la anule o, con carácter subsidiario, declare no ser ajustada a derecho la resolución recurrida en lo que se refiere a la sanción pecuniaria impuesta a BATTICALOA INVERSIONES SL y, en consecuencia, anule la parte dispositiva, en su defecto, la modifique reduciendo sustancialmente la sanción impuesta, y en cualquiera de los casos anteriores, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

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

**TERCERO.** - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 del mes y año en curso, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 13 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0506/14/Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 215.592 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución 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, que entra dentro de la definición de cártel.

SEGUNDO. - Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

[...]

BATTICALOA INVERSIONES, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos enero de 2010 a diciembre de 2011.

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

3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L.: 215.592 euros.

[...]

SEXTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Tras haber tenido acceso a determinada información relacionada con 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 el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador.

2) En el marco de dicha información reservada, con fechas 4 y 5 de junio de 2013, la Dirección de Investigación realizó inspecciones en la sede de la empresa "El Cliente Indiscreto", nombre comercial empleado por la empresa A.N.T. SERVICALIDAD, S.L. (ANT).

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 19 de diciembre de 2014 la incoación del expediente sancionador S/0506/14 Concesionarios VOLVO contra A.N.T SERVICALIDAD, S.L. y los siguientes concesionarios independientes distribuidores de la marca VOLVO: AUTO ELÍA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L. y TBERMOTOR SUR, S.A., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.



4) Con fecha 10 de septiembre de 2015 la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación contra el Director General de una de las empresas incoadas, TBERMOTOR SUR, S.A., al desprenderse de la documentación obrante en el expediente y obtenida durante la instrucción del mismo, su participación directa en el diseño e implementación de las conductas objeto de sanción en este expediente, consistentes en la fijación de precios, condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO.

5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, el 14 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia (DC) 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 día 18 de diciembre de 2015 la DC, adoptó la Propuesta de Resolución, que fue elevada el 21 de enero siguiente a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC para su resolución.

6) Con fecha 28 de enero de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir nuevamente a las empresas información sobre su volumen de negocios total correspondiente al año 2015 y sobre su volumen de negocios en el mercado de la distribución de vehículos a motor nuevos de la marca VOLVO en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla la Mancha, total y desglosado por modelos en los ejercicios 2009, 2010 y 2011 (folios 10478 a 10480).

7) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 12 de julio de 2016 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

**SEGUNDO.** - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L. (BATTICALOA) también conocida como BATTINVER, con domicilio social en la C/Pedro Justo Dorado Dellmans, 6 (28040) Madrid, fue constituida el 4 de abril de 2008, si bien comenzó su actividad comercial el 1 de enero de 2009, dedicándose desde esa fecha a la venta de vehículos turismo de la marca VOLVO nuevos y de vehículos de ocasión. Su objeto social consiste, entre otras, en la venta de automóviles y servicio de los mismos5.

Las sedes de BATTICALOA se encuentran localizadas en Madrid, si bien como ha señalado en contestación al requerimiento de información realizado, opera a nivel nacional, sin que tenga asignado por contrato un área de influencia.

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo del sector del automóvil y, antes de delimitar el mercado afectado, efectúa 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.

Respecto a la política de precios de VOLVO CAR ESPAÑA (VOLVO ESPAÑA), recoge la resolución impugnada que existe libertad de precio, formulando la marca únicamente recomendaciones orientativas. Explica que, en términos medios ponderados sobre los precios de venta recomendados, el concesionario obtiene un margen fijo del 9% de cada vehículo y adicionalmente puede llegar a obtener un margen variable de hasta un 7% ligado a un sistema de remuneración que tiene en cuenta, entre otros elementos, los índices de satisfacción de clientes, el cumplimiento de ciertos estándares avanzados y la consecución de las cifras de referencia de ventas de vehículos nuevos y usados acordadas entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios y que así se recoge en el contrato firmado entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios, en cuya estipulación Décimo cuarta se establece que "Volvo podrá hacer recomendaciones sobre los precios de venta al público, e incluso establecer precios máximos de venta. No obstante, el Concesionario establecerá libremente los precios y descuentos de los Vehículos Volvo que venda, siempre y cuando respete, en su caso, el precio máximo determinado por Volvo". Y añade que se establece un régimen de descuentos para lo que se denominan "ventas especiales" (ventas a empleados de Volvo y de la Red de concesionarios, Organismos Oficiales, a empresas de Rent-a-Car, a



Compañías de Renting, Ventas a Empresas, a Minusválidos y a Autónomos) por VOLVO ESPAÑA, que varían de unos años a otros, los colectivos a los que se aplican o cuantía.

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 nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca.

Singular relevancia tiene 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 pudiendo distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes 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.

En el caso examinado, la Dirección de Competencia habría comprobado que las prácticas anticompetitivas tienen un ámbito de influencia superior a la de la localidad en la que se ubican, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, como queda también reflejado en el buscador de la marca, en el que se incluyen al buscar por Comunidades Autónomas (CC.AA) los ubicados en provincias limítrofes. Así las cosas, se expone en la resolución recurrida que el territorio al que se refiere la distribución y venta de los vehículos de la marca VOLVO puede verse ampliado al atender a demandantes de provincias limítrofes, no necesariamente integrantes de una misma Comunidad Autónoma, avalando así una consideración supra-autonómica del mercado afectado en este expediente, sin perjuicio de que en este expediente se ha constatado que las prácticas anticompetitivas se estructuraban en la zona denominada "VOLVO Madrid", en las que han participado 7 concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, teniendo uno de ellos también sedes en las provincias de Guadalajara y Segovia y por ello, las prácticas objeto de investigación se circunscriben a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO en las CC.AA de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha, siendo el mercado geográfico afectado el de dichas CC.AA.

Por último, analiza la estructura del mercado por el lado de la oferta y desde el punto de vista de la demanda, distinguiendo tres canales, a saber, flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor, con indicación del volumen porcentual que cada uno de ellos suponía en el total de ventas y su evolución en los años analizados. Por lo demás, recoge el número de vehículos matriculados de la marca VOLVO en el período comprendido entre enero a julio de 2014 y de 2015.

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.

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 en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO. En concreto, se constata la existencia de un cártel autodenominado por sus integrantes como "VOLVO Madrid", que se habría iniciado al menos en febrero de 2007, formado por AUTO ELIA, SERVAUTO y TIBERMOTOR, con la colaboración de ANT, y tras interrumpirse temporalmente a partir de septiembre de 2007, se habría reiniciado en octubre de 2009 por las citadas entidades, sumándose TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS y posteriormente BATTICALOA en enero de 2010, manteniéndose hasta diciembre de 2011.

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



En concreto y por lo que se refiere a la ahora recurrente, en el folio 64 de la Resolución se consigna que su participación de octubre de 2009 a diciembre de 2011 queda acreditada, mediante los siguientes elementos de prueba:

- Correos electrónicos: 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folio 6293); 15 de enero de 2010 (folio 6292); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folios 6233, 6234 y 6288 a 6291); 19 de febrero de 2010 (folios 6200 y 6201); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 16 de abril de 2010 (folios 6116 y 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112).

- Reuniones: 13 de enero 2010 (folio 6293), el 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113).

- Facturas expedidas por ANT: de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60).

Por lo demás, la resolución sancionadora califica las conductas sancionadas como constitutivas de una infracción única y continuada como consecuencia de la actuación conjuntada y coordinada entre las empresas sancionadas con la misma finalidad de fijar estrategias comunes de precios de venta al público de determinados vehículos de la marca VOLVO.

**TERCERO.** - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone contra la misma los siguientes motivos de impugnación:

1- Nulidad de las actuaciones como consecuencia de la nulidad de la Orden de investigación en la sede de ANT.

2- Falta de delimitación del mercado relevante de producto y geográfico. Falta de análisis de la posible repercusión en el mercado derivada de los intercambios de información realizados específicamente por la actora. Incapacidad de los intercambios de información para afectar al mercado de distribución de vehículos

3- El expediente se ha tramitado bajo parámetros de presunción de culpabilidad y no de inocencia. Falta de prueba de cargo y ausencia de culpabilidad de las conductas atribuidas a Batticaloa.

4- Inexistencia de infracción por el objeto.

5- Inexistencia de cártel. Falta de prueba de la participación de Batticaloa en un cártel.

6- Inexistencia de infracción única y continuada.

7- Desproporción de la sanción y nula motivación de los parámetros empleados para su determinación que impide el ejercicio del derecho de defensa y revisión ante esta jurisdicción.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

**CUARTO.**- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate y teniendo presente el ámbito del mercado definido en relación con este cártel, las conductas que se imputan a las distintas empresas intervinientes y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede entra a examinar el motivo de impugnación que denuncia que los documentos utilizados por la CNMC para declarar la responsabilidad de BATTICAOLA no son válidos en derecho ya que fueron obtenidos a raíz de una orden de inspección que no especificaba las conductas objeto de la investigación ni en ámbito objetivo ni el subjetivo y territorial. Añade la recurrente que se produjo un exceso por parte de la autoridad de competencia en la recopilación de la documentación por no estar comprendida en el objeto y en la finalidad que delimitaron la inspección, vulnerando, además, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Expone que la información recabada por la CNMC a la recurrente también se ve afectada por la ilicitud de las pruebas recabadas previamente en la Inspección de ANT.

Varias consideraciones obligan a rechazar esta pretendida causa de nulidad.

En primer lugar, no puede dejar de destacarse que se denuncia la violación del artículo 18 de la Constitución, cuando es lo cierto que la empresa reclamante no sería en ningún caso la titular de ese derecho, titularidad que correspondería solo a la empresa inspeccionada, en este caso ANT, en cuya sede se localizó la documentación incriminatoria.

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-Administrativo nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio siguiente.

Y consta que la orden de investigación que habilitaba la entrada hacía saber a ANT 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 NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye la ahora recurrente.

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 BATTICALOA 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 con 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.

**QUINTO.** - Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, denuncia la parte recurrente que no existe en el expediente de prueba de cargo de la participación de BATTICALOA en las conductas sancionadas y la ausencia de culpabilidad de la misma.

Aduce la entidad actora que se le imputa la participación en el cártel por el hecho de haber sido invitada a alguna reunión convocada en el marco de la Agrupación de concesionarios de la marca Volvo o por estar en copia de unos correos electrónicos y, en definitiva, por actuaciones testimoniales y derivadas de la creencia de que las evaluaciones de atención al cliente que llevaba a cabo ANT bajo la marca del "Cliente Indiscreto", era un estudio de calidad de los muchos que exige el propio fabricante. Añade que, a diferencia de lo que ocurre con otros concesionarios, ni siquiera consta en el expediente administrativo factura alguna de ANT a su nombre, lo que demuestra su nula participación o colaboración en la conducta sancionada.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de BATTICALOA que aparece reflejada en la resolución impugnada.

Pues bien, la lectura de ésta pone manifiesto la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de ANT SERVICIALIDAD. Así, al comienzo del relato de hechos probados, se describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos finalmente sancionados.

En realidad, la finalidad perseguida con la contratación de ANT era la monitorización o seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, y, como manifestaba esta empresa en sus presentaciones, "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido. Ello a través del servicio prestado a los concesionarios que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios", consistentes en el 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, informando de los incumplimientos ("incidencias") a los integrantes del cártel de cada zona, y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Para llegar a esas conclusiones es particularmente ilustrativa la propuesta remitida por el cliente misterioso a TBERMOTOR (folio 125 y ss Expte) en la que se detalla la metodología a seguir en los siguientes términos: "(...) consiste en dos visitas al concesionario por cada estudio. En la primera visita solicitamos información sobre un modelo determinado y obtenemos una primera oferta. En la segunda visita el mismo cliente fantasma vuelve para decir que tiene mejor oferta de otra concesión y que en caso de que le igualen la oferta o se lo dejen aún más económico se lo compraría a ellos. Presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza.

(...)

1.- A tener en cuenta:

(...)

3.- Transparencia. - Los datos de calidad referidos a cada concesionario solo los conocerá cada concesionario. Sin embargo, la información que se compartirá será la referida a las ofertas conseguidas, que se reflejarán de forma clara y homogénea en una tabla resumen teniendo en cuenta la oferta total, es decir el modelo completo, el precio conseguido, el valor de tasación en su caso y los regalos conseguidos.

También se reflejará cualquier tipo de incidencia importante que pueda afectar a la oferta en un apartado de "observaciones".

4.- Confidencialidad. - Dada la "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas.

Ninguno de nuestros evaluadores sabrá realmente el propósito final del estudio, ellos simplemente van a realizar un estudio de mercado y a tratar de conseguir un modelo de coche determinado a un determinado precio, mediante un procedimiento que dominan perfectamente".

Es también revelador de la naturaleza de los servicios prestados por ANT el fichero electrónico denominado "ESTUDIOS DE POLITICAS COMERCIALES 2012", que fue igualmente recabado en la inspección de ANT, obrante a los folios 641 a 645, en el que con toda claridad se manifiesta el verdadero propósito de los estudios concertados:

Alusiones tan explícitas a la "peligrosidad de este tipo de trabajo" y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - "hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas", evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT y la participación, necesariamente consciente, en los acuerdos colusorios de quienes pagaban sus servicios, atribuyendo así al abono de las facturas una energía probatoria indudable. Especialmente si se advierte, además, que los argumentos desplegados por las empresas incoadas para tratar de atribuir un efecto distinto a dichas facturas tienen muy dudosa eficacia.

En el concreto caso de la entidad aquí recurrente, aun cuando es cierto que no constan facturas expedidas a su nombre en el expediente administrativo, existen pruebas que acreditan su participación en las conductas sancionadas.

Consta en autos que mediante correo electrónico de 13 de enero de 2010 TBERMOTOR convocó a AUTO ELIA, a SERVAUTO, a SIMPSON y a SWEDISH, a una reunión con el objetivo de cambiar impresiones sobre la estrategia comercial y política de descuentos de cada uno de los concesionarios para el XC60, ante el nuevo panorama del 2010. Con este correo se adjuntaba el estudio que había pedido en octubre de 2009 a la empresa del cliente misterioso y añadía lo siguiente: "Os aseguro que es muy enriquecedor e interesante ver las prácticas que estamos utilizando para conseguir vender. Es triste ver la cantidad de dinero que todos estamos ofreciendo a los clientes" (folio: 6293 del Expte).

Encontramos también en el expediente el correo electrónico enviado el viernes, 15 de enero de 2010 por TBERMOTOR a SERVAUTO, AUTO ELIA, SIMPSON, SWEDISH y a TURISMOS MADRID, confirmando una comida el 18 de enero de 2010 a la que asistiría el gerente del mystery (ANT) para informar de la reunión de la Junta del día anterior con la dirección de Volvo.

Para poner en marcha el sistema, la información era facilitada a ANT (cliente indiscreto) por el Gerente de TBERMOTOR, y en alguna ocasión por el ejecutivo de ventas de esta empresa, que actuaba como interlocutor del cártel con ANT, mediante correos electrónicos tras las reuniones mantenidas entre los concesionarios o durante las propias reuniones del cartel a las que en alguna ocasión asistió a ANT. También era el Gerente de TBERMOTOR quien convocaba a los concesionarios integrantes del cártel a las reuniones.

La incorporación de Batticaloa a las conductas sancionadas tiene lugar el 18 de enero de 2010 como consecuencia de su asistencia a la reunión convocada mediante correo electrónico remitido por TBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSIN CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO, al que se adjuntaba los documentos "Resumen Volvo Madrid.Nov09 y Sondeo Volvo Madrid (folios 6293 a 6298 y 6304 Expte)

En esta reunión se abordaron los descuentos máximos permitidos en función del modelo para empresa, particulares o autónomos y el margen de error permitido, así como las multas a imponer en las desviaciones que se detectaran. Además, en ella se acordó retomar las vistas de ANT para la monitorización de los acuerdos adoptados, concretando el 25 de enero de 2010 como fecha de inicio.

Como consecuencia de todo ello, el cliente indiscreto envía el 19 de enero de 2010 correo electrónico a Servauto, Swedish; Simpson; Turismosmadrid y a Battinver (Batticaloa) explicando el modo de proceder. Precisa que los modelos a evaluar será toda la gama, que cada mes realizaría dos estudios y que uno de ellos estará siempre centrado en el XC60 y el otro en un modelo del resto de la gama y que los trabajos se iniciarían el día 25 de enero y fijaba además que el coste de los servicios es de 135 e cada estudio, ello implica una inversión por concesión de 270 €, IVA no incluido (folio 6288 Expte).

También el 19 de enero de 2010 el directivo de ventas de TBERMOTOR envía correo electrónico a ANT, con la documentación correspondiente a los modelos de la marca Volvo, con la indicación de que los tácticos varían todos los meses y que le serían remitidos. A tal efecto obran en el expediente administrativo el archivo denominado "Precios octubre 2009" y Tácticos enero" con los importes asignados a los modelos de cada gama (folios 6240 a 6287 Expte).

En la misma fecha, mediante otro correo, Battinver (BATTICALOA INVERSIONES SL.) enviaba sus datos al cliente indiscreto (folio 6288 expediente administrativo).

Consta acreditado que el 2 de febrero de 2010 TBERMOTOR remite nuevo correo a ANT con copia a AUTO ELIA, BATTICOLA, SIMPSON CARS, SERVAUTO Y TURISMOS MADRID confirmando la intención de continuar con el proyecto y mantener una temporada las encuestas al concesionario que se había apartado, repartiendo el coste correspondiente a partes iguales entre el resto que continuaba, en el que se incluía la recurrente. Añadía que "Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail" (folio 6223).

Aparece también documentado el correo electrónico enviado por el Cliente Indiscreto a BATTINVER el 19 Feb 2010, enviándole, además del resultado de los estudios de la primera oleada realizados en su concesión, el informe realizado en la primera y segunda visita del evaluador, como la oferta económica, el informe: "RESUMEN\_VOLVO\_MADRID\_ENE10" que reflejaba todas las ofertas conseguidas por concesión, así como un apartado que hace referencia expresa a todo aquello relacionado con la actitud del vendedor, ante la política comercial, archivo común para todos. Adjuntaba también, el estudio completo realizado en SWEDISH CARS, (folio 6150 Expte).

Encontramos, además, en el expediente administrativo el correo electrónico que envía el 10 de marzo de 2010 ANT a las empresas sancionadas conformando que se están realizando las visitas previstas para marzo y que próximamente se remitirían los informes correspondientes (folios 6121 a 6123 y 6126 a 6129).

Obra también en las actuaciones el correo electrónico remitido por TBERMOTOR a BATTINVER, CLIENTE INDISCRETO, TURISMOS MADRID, SERVAUTO Y SIMPSON el 11 de marzo de 2010 con el siguiente contenido:

"Yo también creo que puede ser buena idea reunirnos para seguimiento de mystery. Yo pediría Florentino primero recibir la información, poder analizarla internamente y luego reunirnos ya con los datos anticipados. Será mucho mas productivo e iremos mucho más rápido. Esperemos otras ideas del grupo".

Mediante correo de la misma fecha BATTICAOLA confirma asistencia a reunión el lunes (folio 6126),

Consta acreditada una nueva reunión el 15 de marzo de 2010 (folio 128 Expte).

A través de otro correo de 15 de abril de 2010 enviado por Tbermotor Sur a DIRECCION000 ; Carlos ( DIRECCION001 ); Constancio ; DIRECCION002 ; DIRECCION003 y Elias , les comunica los siguiente:

"(..).

Creo sería necesario, oportuno e importante que nos veamos, lo antes posible, PROPONGO LUNES 19 A LAS 14:00 EN GOYA.

Objetivo reunión:

1º Mystery, tenemos nueva oleada el lunes por la mañana, analizar su revisión.

Expediente: S/DC/0506/14 – Folio: 6116



2º auditorías, llamé ayer a Felicísimo de Horwarth, quien me dijo habló el lunes con Florentino, quien le dijo de recibir sus visitas la primera vez en mayo, agrupando marzo y abril.

3º y MAS IMPORTANTE, TRATAR NUEVA ESTRATEGIA PARA ABRIL Y MAYO, no digo más, todos entendéis el punto 3º.

RUEGO POR FAVOR LO ANTES POSIBLE, ME CONFIRMEIS A MI SOLO SI OS PARECE PARA NO LIAR, VUESTRA DISPONIBILIDAD,

HACER UN ESFUERZO POR CONFIRMARME TODOS QUE SÍ, Y LO ANTES POSIBLE POR FAVOR,

Espero noticias LO ANTES POSIBLE" (Folio: 6117)

Aparece otro correo enviado Tibermotor Sur el 16 de abril de 2010 a DIRECCION000; Carlos (DIRECCION001); Constancio; DIRECCION002; DIRECCION003 y Elias, con el Asunto: "CONFIRMADA REUNIÓN LUNES 19 A LAS 14:00 EN GOYA" del siguiente tenor literal:

"Buenos días amigos,

Todos me habéis confirmado vuestro OK, gracias por la rapidez en vuestras respuestas.

(...) SUGIERO: LLEVEMOS NUESTRO STOCK DISPONIBLE QUE SE DESEE COMPARTIR Y CEDER ANTES DE LA LLEGADA DEL MYEAR 2011.

Todos tenemos crisis gorda sin XC60 y la movida de los rechazos en XC60,

Pero seguro tenemos modelos y unidades que nos interesa desprendernos lo antes posible,

(...)

Un abrazo, buen finde, buenas ventas, no os paséis de descuentooooo. EL LUNES POR LA MAÑANA ECHAR UN OJO AL INFORME".

Obra en el expediente el correo que Tibermotor Sur envió el 30 de abril de 2010 a Constancio; Carlos; DIRECCION002; DIRECCION003; Elias; DIRECCION000, con el asunto: "INDICACIONES Para TENER EN CUENTA PARA EVALUACIONES MAYO", con el siguiente contenido:

" Florentino buenos días, espero estés bien.

Queremos pedirte por favor pongas en marcha los siguientes puntos después de analizar el último informe:

1 2 subir a más o menos 300 eur de apriete para cierre, NO VALE CON SOLO 100 EUR COMO AHORA, sin que se note expresamente la cifra, pero así nos vamos a algo más razonable que es un 1% del escandallo

2 2 no queremos llegar al extremo de firmar el pedido, que luego lógicamente no es tal pedido,

Nos ha parecido buena idea por tu parte, profesional por vuestra parte,

Pero no queremos llegar tan lejos,

Queremos evitar la reserva del coche, cabreo monumental del vendedor, su desmotivación, etc

Se puede decir de palabra lo que sea necesario, PERO NO FIRMAR UN PEDIDO

3 2 tasaciones.

Si hay tasaciones, nos gustaría que hubiera tasaciones para todos,

Aunque lógicamente no fuera el mismo coche,

Pero sí que hubiera algún tipo de coche, si para uno, dos o tres conces hay tasación,

Nada más de momento, en cuanto tengas más informes nos los haces llegar, gracias, saludos.

Consta asimismo otra reunión el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113) a la que asistió la entidad recurrente. El Cliente indiscreto remite correo electrónico a DIRECCION004, DIRECCION005, DIRECCION006, DIRECCION000, DIRECCION007, DIRECCION002, DIRECCION003 (Folio 6111) el 9 de septiembre de 2010 por el que les enviaba nuevamente la tabla de resultados de Volvo del mes de Agosto, ya que en la anterior había un error en el cálculo del precio del modelo C30(folio 6111).

A partir de esta fecha continuaron los correos y reuniones entre las empresas sancionadas que se mantuvieron hasta diciembre de 2011, sin que conste acreditado que la ahora recurrente se apartara formal y expresamente de las prácticas sancionadas.



En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de BATTICALOA en los hechos sancionados, constituidas, por un lado, por las que acreditan su asistencia a reuniones convocadas por TIBERMOTOR, por el hecho de ser emisora y receptora de correos electrónicos convocando y confirmando asistencia a reuniones y por los informes elaborados por ANT tras las visitas a los concesionarios, incluido el de Batticaloa, pruebas todas obtenidas en las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la participación activa, consciente y deliberada de la recurrente en la infracción que se le imputa.

Y es que, como decíamos en la 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". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... 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".

**SEXTO.-** La valoración racional de la prueba obrante en autos lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto, constitutiva de cártel, toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores. Este efecto, buscado de propósito queda evidenciado en el correo remitido por TIBERMOTOR el 13 de enero de 2010 T por el que convocaba a AUTO ELIA, a SERVAUTO, a SIMPSON y a SWEDISH, en el que se manifestaba lo siguiente: "Os aseguro que es muy enriquecedor e interesante ver las prácticas que estamos utilizando para conseguir vender. Es triste ver la cantidad de dinero que todos estamos ofreciendo a los clientes" (folio 6293 del Expte). Consta que a esta reunión asistió Batticaloa (folio 6293 Expte).

El carácter preconcebido y organizado, característico de los cárteles, resulta patente como consecuencia del *modus operandi* y de la intervención de una empresa externa que canalizaban y ponían en común la información obtenida, al tiempo que aseguraba su secreto y la confidencialidad. Además, las empresas participantes eran conocedoras del carácter ilícito de los citados intercambios. A título de ejemplo, en el correo de 2 de febrero de 2010 remitido por TIBERMOTOR a ANT con copia a AUTO ELIA, BATTICOLA, SIMPSON CARS, SERVAUTO Y TURISMOS MADRIS, se consigna expresamente "Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail" (folio 6223). Costa también el carácter secreto que revestían los acuerdos adoptados. Así resulta del correo electrónico enviado el 12 de enero de 2010 por TIBERMOTOR en que se advertía expresamente que "EL CONTENIDO DE ESTE MAIL ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE... QUIERO DECIR...POR FAVOR SOLO PARA NOSOTROS, PARA NADIE MÁS.CONFÍO EN TODOS VOSOTROS, LO DIGO EN SERIO", y el enviado, también por la actora el 2 Feb 2010 indicando lo siguiente: "IMPORTANTE: DISCRECIÓN EN EL USO DE ESTE MAIL, NO REENVIAR POR FAVOR". A ello se añade otros elementos que son propios de esta figura como la regularidad de los contactos mediante correo electrónico, el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos.

El valor estratégico de los datos intercambios, relativos al precio de venta de los vehículos y a los descuentos aplicables, resulta también patente. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija por lo que el intercambio de información sobre el precio final ofrecido al cliente por cada concesionario permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.



Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

**SÉPTIMO.** - Como es sabido, y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, "la delimitación exacta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, por cuanto se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, como los cárteles de fijación de precios y reparto de mercado; además, si bien no es imprescindible para la acreditación de la conducta, la delimitación de los conceptos de mercado relevante y de mercado afectado sí lo es para determinar el importe de las sanciones, pues uno de los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC es, precisamente, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. La noción de mercado relevante trata de establecer el territorio o el producto donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para establecer el poder de mercado de las empresas infractoras y evaluar el impacto de las conductas imputadas, mientras que el mercado afectado depende de la delimitación geográfica y de producto en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. Mientras que en el mercado relevante se evalúan condiciones de competencia similares para el establecimiento del poder de mercado de una empresa o un conjunto de empresas, el segundo queda delimitado por la acreditación de los hechos y del contenido de los acuerdos investigados.

Por esa razón, consideramos, de acuerdo con la resolución recurrida, que el mercado afectado coincide con el mercado en el que se materializa la conducta infractora, consistente en el intercambio de información sensible, relativo a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO, a través de concesionarios de la marca que adoptaron una serie de acuerdos secretos para fijar niveles máximos de descuentos e intercambio de información comercialmente sensible de la distribución minorista de determinados modelos de vehículos de la marca, restringiendo la competencia.

En consecuencia, es verdad que el mercado podía haberse definido con un alcance más amplio pero el hecho de que no se haya investigado la incidencia de la venta de vehículos de otras marcas no significa que el mercado afectado se haya delimitado incorrectamente por la CNMC una vez acreditada la existencia de la conducta ilícita intra-marca.

Por lo demás cumple recordar que es doctrina reiterada del TJUE que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos, y así "... de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia..." (Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión), cuya aplicación al caso es indudable a juicio de esta Sala.

Asimismo, debemos citar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y que 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. 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 (EDL 1978/3879), 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".

En el presente caso, las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, pero además, las pruebas obrantes en el expediente administrativo acreditan, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de VOLVO, disminuyendo la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de la citada marca. Consecuencia a la que sin duda habría contribuido la conducta, también imputada y acreditada en los términos que hemos analizado.

No ofrece duda, a juicio de la Sala, la tipicidad de las conductas sancionadas como restrictivas de la competencia.

**OCTAVO.-** Por lo que se refiere al motivo de impugnación que denuncia la inexistencia una infracción única y continuada por entender que faltan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para efectuar tal calificación, es necesario partir de la jurisprudencia europea sobre la cuestión. Entre las más recientes, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013 sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158. En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen





tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43).

159. Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 44)".

Reproduce así la interpretación seguida en otros asuntos que parten también, para advertir la existencia de una infracción única y continuada, del presupuesto ineludible de la concertación de un plan único de actuación conjunta entre las distintas entidades implicadas.

Además de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto Verhuizingen Coppens , C- 441/11 , también el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

1º En la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & amp; Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Dicha doctrina ha sido plenamente asumida por esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 15 de julio de 2014 (recursos nº 150/2013 y 176/2013, asuntos Torres Epic y Tepol).

Finalmente, la sentencia de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Peters International NV, a propósito del Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, advierte que:





"las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo ( sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cementerios CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

Así pues, podemos concluir que en el caso examinado nos encontramos ante una infracción única y continuada, por cuanto la prueba obrante en autos acredita la existencia de un plan global y mantenido en el tiempo, con idéntico modus operandi previamente convenido, que perseguía el objetivo común de fijar una estrategia común de precios de venta al público de determinados coches de la marca VOLVO a través de algunas variables que constituían el precio final del vehículo. Consta también probada la contribución intencional de las empresas sancionadas y, entre ellas de la ahora recurrente, a ese plan y el hecho de que todas ellas tenían conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

**NOVENO.** - Por último, denuncia la parte recurrente la desproporción de la sanción y nula motivación de los parámetros empleados para su determinación que impide el ejercicio del derecho de defensa y revisión ante esta jurisdicción.

Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación 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 (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que

"... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados".

Pues bien, razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015 y añade que el porcentaje sancionador a debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero, al propio tiempo, constata la existencia de otros elementos de la conducta que operarían en sentido contrario y conducen a graduar la multa por debajo del tramo superior del arco sancionador.

Se refiere así a la previsión del artículo 64.1.c) de la LDC cuando alude al "alcance de la infracción" para, a continuación, considerar la resolución que el alcance territorial de la conducta es limitado en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviera lugar con una implantación en todo el territorio nacional.



También analiza los efectos de la infracción para sostener que "los acuerdos entre las empresas disminuyeron efectivamente la incertidumbre en relación con las ofertas de sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que derivó en una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de la denominada "Red Madrid".

Y alude al sofisticado sistema utilizado para la comisión de la infracción al valerse de una empresa (ANT) que fue contratada para que evaluara el cumplimiento de los acuerdos, además de establecer un mecanismo de sanción para los incumplidores.

Todo ello le permite afirmar, a la vista de estos factores, y teniendo presente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que la respuesta sancionadora debe situarse "... en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa".

La resolución individualiza las multas, "... a falta de circunstancias atenuantes y agravantes ( art. 64.2 y 64.3)", tomando en consideración, como factor determinante, y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción.

Refleja en los cuadros correspondientes el valor total de dicho mercado durante la conducta que se imputa a cada una de las empresas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de sus ventas durante los meses por los que se ha prolongado aquella conducta, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales, con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido (3.308.616 en el caso de BATTICALOA INVERSIONES SL., con un 15,4% de cuota de participación en la conducta).

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2015 (12.681.878 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (1,70%, para BATTICALOA ) y la multa (215.592 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de esta la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca CHEVROLET.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 1,70%.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a



una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones recogidas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

En consecuencia, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

**DÉCIMO.** - Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente .

Procede, en atención a cuanto hemos expuesto,

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de **BATTICALOA INVERSIONES SL.**, contra la resolución de 13 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0506/14/Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 215.592 euros, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

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.