



Roj: **SAN 2451/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2451**

Id Cendoj: **28079230062020100218**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/07/2020**

Nº de Recurso: **446/2016**

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: 0000446 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05258/2016

Demandante: TBERMOTOR SUR SL.

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEGIAS

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^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 treinta y uno de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 446/16 promovido por el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de **TBERMOTOR SUR 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 NUM000 /Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 192.104 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 la nulidad del acto administrativo impugnado por los motivos que se invocan y, subsidiariamente, la aplicación del artículo 5 de la LDC y, subsidiariamente, la inexistencia de infracción del artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y anule la sanción de 192.104 € impuesta a TBERMOTOR SUR S.L.

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 NUM000 /Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 192.104 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:

[...]

6. TBERMOTOR SUR SL por su participación en el cartel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre 2011.

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

5. TBERMOTOR SUR SL: 192.104 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 NUM000 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:

"TBERMOTOR con domicilio social en la Carretera de Toledo en el Km 14,400(28905), Getafe, Madrid, fue constituida el 3 de mayo de 2006, fusionándose el 20 de septiembre de 2013 con Remolcauto, S.L. El objeto social de TBERMOTOR es la venta y reparación de vehículos de la marca VOLVO. Las sedes de TBERMOTOR se encuentran localizadas en Madrid, extendiendo su área de influencia a todo el territorio nacional.

A los efectos de analizar la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación al Director General/Gerente de TBERMOTOR SUR, S.A.)".

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 65 y 66 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 6132, 6166 y 6167); 9 y 12 de marzo de 2010 (folios 6118, 6119, 6124 y 6125); 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); 9 de mayo de 2011 (folio 6109).

- 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 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86).

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

1- La organización y el funcionamiento del mercado afectado y la ausencia de disfunciones en el mismo durante los periodos imputados desvirtúa la existencia de cualquier posible acuerdo entre competidores o, al menos, la posibilidad de que un acuerdo pudiera desplegar efectos en el mercado.

2- Nulidad de todo el procedimiento como consecuencia de la falta de competencia de la Dirección de Competencia de la CNMC para instruir el expediente sancionador.

3- Nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y nulidad de las pruebas obrantes en el expediente por indebida aportación al mismo de los documentos incautados en la inspección de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L.

4- La inferencia de la CNMC es arbitraria e ilógica y los hechos declarados probados no acreditan la existencia de infracción alguna por parte de TBERMOTOR.

5- Falta de motivación razonada y congruente sobre la cuantía de las multas impuestas y de los criterios para su determinación. Vulneración del derecho a la tutela efectiva (art. 24.1) en su vertiente de incongruencia omisiva por falta de motivación.

6- Subsidiariamente a lo anteriormente alegado, la conducta de TBERMOTOR entraría dentro de las conductas de menor importancia. Procedencia de aplicar la excusa absolutoria del artículo 5 de la LDC.

7- Aplicación arbitraria de los criterios de graduación y determinación de las sanciones de los artículos 63 y 64 LDC.

8- Falta de proporcionalidad del importe de la sanción impuesta. Vulneración del artículo 131 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia.

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 la nulidad de todo el procedimiento como consecuencia de la falta de competencia de la CNMC para instruir el expediente sancionador.

Aduce la empresa recurrente que en el expediente objeto del presente recurso aparecen imputados diferentes concesionarios de la marca VOLVO, en calidad de concesionarios oficiales de ésta ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid, único territorio en el que llevan a cabo su principal actividad comercial. Añade que la circunstancia de que una de las empresas imputadas tenga una oficina en Guadalajara y Segovia debe considerarse como meramente anecdótica ya que su imputación se ha producido precisamente por tratarse de un concesionario situado principalmente en la Comunidad de Madrid y que desarrolla su actividad comercial en la misma, sin que conste ni se haya demostrado o intentado demostrar que se haya producido en Guadalajara una sola venta a los precios que se dicen acordados por la DC.

Por ello sostiene que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, el órgano competente para la instrucción del expediente habría sido el Servicio de Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, al no comprender el mismo otros hechos que los cometidos dentro de la Comunidad de Madrid y con efectos restringidos a la misma.



Pues bien, podemos adelantar que no compartimos la tesis de la actora que, en definitiva, viene manifestar su discrepancia con la delimitación del mercado geográfico que se realiza en la resolución impugnada.

Como hemos recogido en el Fundamento de Derecho Segundo la resolución recurrida precisa que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, viene determinado por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva y que, en el caso examinado, el contrato que el proveedor suscribe con los concesionarios 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. Añade que 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 los concesionarios sancionados, 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 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 se haya 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, concluye que 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.

Recordemos que, con arreglo al citado precepto, "1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas". De modo coherente con este criterio, reconoce la Ley en el apartado 3 del mismo artículo competencia sobre la materia a la Comunidad Autónoma cuando "... las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma". Y, además, describe cuando se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional (apartado 2), y así "a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma".

En el caso de autos es indudable que las conductas sancionadas no circunscriben su alcance al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Y es que sus efectos no operan solo en dicho ámbito, pues los concesionarios tienen un área de influencia que se extiende, al menos, a las provincias limítrofes con aquella en la que se ubican, cuando no a un espacio territorial mayor que excede con frecuencia de la comunidad autónoma de que se trate, ya que los potenciales clientes, con objeto de obtener mejores precios o condiciones comerciales, amplían la búsqueda del producto incluso a todo el territorio nacional dadas las posibilidades de difusión y las facilidades de localización que proporcionan los actuales medios de publicidad.

Es claro entonces que la conducta atribuida a la actora resulta susceptible de alterar la libre competencia en un ámbito mayor al estricto territorio que comprenden los límites geográficos de la Comunidad de Madrid por lo que, conforme a la misma norma invocada por la recurrente, la competencia para instruir y resolver el expediente corresponde a la CNMC.

QUINTO. - Op one la sociedad recurrente que el procedimiento administrativo al que pone fin la resolución recurrida tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley. Expone la orden de entrada y registro cuyo ejercicio ha dado lugar a la incautación de los documentos relativos a los concesionarios de VOLVO, de los que parte la incoación de este expediente, fue concedida únicamente para investigar los hechos del expediente NUM001 y la DC hubiera debido limitarse en su inspección a recabar información únicamente sobre esos hechos y no sobre otros diferentes y que la incorporación al Expediente de la prueba ilícitamente obtenida ha supuesto para la actora la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y, en ausencia de otras pruebas de cargo, del derecho a la presunción de inocencia, protegidos



por el artículo 24.2 CE, cuya vulneración debe dar lugar a la nulidad de lo actuado y al sobreseimiento del expediente. Añade que la CNMC no cumplió con las exigencias mínimas que deben cumplir las órdenes de investigación y que en el Expediente nº NUM000 , Concesionarios VOLVO, el objeto de la inspección era de carácter especialmente genérico y la autoridad de competencia ocupó documentación no relacionados con el objeto de la inspección vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 CE. Por lo demás denuncia la falta de correlación entre los términos de las autorizaciones de inspección domiciliaria otorgadas por la Orden de investigación de la CNMC y los recogidos en el posterior Auto judicial, obrante en los folios 9356 y ss del expediente administrativo por cuanto en la Orden de inspección se concede autorización para proceder a la inspección a seis funcionarios entre los que se encuentra D. Primitivo , con tarjeta de servicio interno nº NUM006 . Por el contrario, el Auto judicial dictado posteriormente autoriza, en su parte dispositiva, únicamente a cinco de los seis funcionarios citados en la Orden de inspección, quedando excluido de la autorización judicial de entrada al domicilio social D. Primitivo . , que pese a ello se personó en la sede social de ANT y participó en el desarrollo de la inspección domiciliaria que se desarrolló los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede social de ANT, y que además, fue quien recabó la mayor parte de la prueba documental empleada contra mi la actora en la sede de ANT, como resulta de los folio 9365 y ss del expediente.

Varias consideraciones obligan a rechazar también 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 TIBERMOTOR 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.



Por último, es cierto, como destaca la demanda, que en la orden de inspección de 28 de mayo de 2013 la CNMC autoriza a seis funcionarios, a saber, a D. Jose Augusto, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM002; D^a. María Dolores, titular de la tarjeta de servicio interna nº NUM003; D^a. María Rosario, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM004; D. Luis Francisco, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM005; D. Primitivo, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM006 Y D. Juan Ramón, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM007", a realizar la inspección en la sede de ANT y que, sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Primitivo en la relación de inspectores autorizados. Se trata claramente de un mero error pues, en otro caso, el auto tendría que haber razonado por qué le excluía, y es lo cierto que nada se dice al respecto. Por lo tanto, no cabe sino concluir que el auto avala la orden de investigación que incluía a los inspectores, perfectamente identificados, que iban a llevarla a cabo.

La intervención del Sr. Primitivo no arrastra la nulidad de la inspección si se tiene en cuenta que, como resulta del acta correspondiente, ANT no opuso reparo alguno a su actuación.

SEXTO. - Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, denuncia la parte recurrente que la inferencia de la CNMC es arbitraria e ilógica y que los hechos declarados probados no acreditan la existencia de infracción alguna por parte de TBERMOTOR. Expone que ante la ausencia de pruebas directas, la Resolución trata de sostener la existencia de una infracción mediante la aplicación de una supuesta prueba indiciaria, abiertamente contraria a Derecho, dado que consiste en extrapolaciones de hechos que no sólo no guardan relación alguna con este caso y que habrían tenido lugar en todo caso antes del año 2009 o durante ese año como mucho, por lo que las conductas estarían prescritas. Por lo demás explica que la totalidad de los elementos probatorios convertidos en indicios por la CNMC se explican perfectamente y encajan en los servicios de mystery shopping ofrecidos por ANT. Añade que TBERMOTOR SUR estimó necesario el llevar a cabo una evaluación del proceso de venta de sus automóviles, al suponer el cumplimiento de los estándares de la marca una parte importante de su retribución final, lo que aconsejaba realizar una autoevaluación de sus propios servicios para poder acreditar el cumplimiento de los estándares cualitativos y cuantitativos exigidos y estar en mejor disposición negociadora con la marca. Que, para ello, se seleccionaron determinados modelos de la marca VOLVO y se contrataron los servicios de ANT para la prestación de servicios de Mystery shopping con el fin de examinar el nivel de cumplimiento de los procesos de venta, esto es, la atención al cliente, presentación del vehículo o conocimientos técnicos del comercial, así como el cumplimiento de las directrices sobre precios y condiciones comerciales marcados, en cada caso, por la dirección comercial del propio concesionario. Por lo demás denuncia el indebido empleo de hechos prescritos para justificar las conductas objeto del expediente, vulnerando los derechos fundamentales a un procedimiento con todas las garantías y de presunción de inocencia y la ausencia de análisis de efectos de las conductas.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de TBERMOTOR 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 TIBERAUTO (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:

"(...) Una vez acabado el estudio mensual, 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."

"A tener en cuenta:

(...)

2.- Presupuestos. - Adjuntaremos al trabajo de cada concesionario los presupuestos conseguidos y si no se consiguen, adjuntaremos cualquier otro tipo de documentación escrita conseguida aunque sean presupuestos en papeles en blanco o incluso en las tarjetas de visita.

En ocasiones el comercial se niega a reflejar por escrito una oferta, en estos casos se especificará en el informe lo ocurrido y reflejaremos la oferta final, aunque no se pueda demostrar por escrito.

3.- 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 (...)"

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 efecto, no hay explicación alternativa plausible que pudiera justificar que las facturas abonadas respondieran a conceptos distintos si se tiene en cuenta la documentación obtenida en la inspección de la sede de ANT sobre presentación de su política comercial a la que nos hemos referido antes, resultando desde luego indiciario que los supuestos "estudios de mercado" que se facturan hubieran sido emitidos con periodicidad mensual para cada una de las empresas, y que estas no hayan aportado, sin embargo, y en ningún caso, tales estudios para poder comprobar su verdadero contenido.

Por lo tanto, la constancia en el expediente de facturas emitidas por ANT-cliente indiscreto pagadas por la empresa de que se trate constituye un indicio relevante para acreditar su responsabilidad en el cártel.

Esto es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos, pues obran en el expediente facturas giradas por "El cliente indiscreto" a TIBERMOTOR por los servicios realizados en los meses de febrero a diciembre de 2010 y de enero a diciembre de 2011 (folios 75V a 86 Expte. Por otra parte, y conforme a lo que venimos razonando,



es ineficaz el argumento de que las referidas facturas "... no son en absoluto suficientes para destruir la presunción de inocencia que debe presidir necesariamente la acción sancionadora de la Administración", cuando no existen razonamientos adicionales sólidos que pudieran sustentar su exculpación y desvirtuar la finalidad evidente de la contratación de ANT y la causa verdadera de las facturas pagadas a dicha empresa.

Pero es que, además, en el concreto caso de la entidad aquí recurrente, existen pruebas adicionales que acreditan su participación por su particular relación con ANT.

En efecto consta acreditado en autos que fue TBERMOTOR quien tomo la iniciativa para la constitución del cártel y quien se puso en contacto con ANT. Así resulta del correo electrónico remitido por TBERMOTOR el 2 de octubre de 2009 (Folio: 6297 Expte) a Auto Elia (Cayetano); ' DIRECCION000 '; ' David '; ' DIRECCION001 '; ' Eladio '; ' Emilio ' por el que compartía con ellos el fichero puesto en marcha desde el 01.10.09 en Tbermotor, explicando que es una sencillita Excel, y que ha pedido a sus vendedores llevar un control de los cruces que tenemos con cada uno, donde lo identifiquemos lo ponemos, donde no, DESCONOCIDO y añadía que "ESTAMOS DECIDIDOS A MANEJAR DATOS QUE PODER CONTRASTAR PARA HACER LO POSIBLE POR DEFENDER LO QUE TENEMOS QUE DEFENDER ENTRE TODOS" al tiempo que los invitaba a hacer algo similar para "DEFENDER LO QUE HAY QUE DEFENDER "al tiempo que advertía que "no vamos a hacer el primo, si vemos que no hay respeto al tema, pues tiraremos de nuevo por la calle del medio hasta donde lo aguantemos".

Obra en el expediente otro correo electrónico dirigido por TBERMOTOR a al gerente de ANT el 16 de octubre de 2009, (folios 6297-6298), con el siguiente contenido: "La situación con descuentos es muy terrible, hemos puesto en marcha este sistema de control entre nosotros, pero el tema no funciona bien del todo...yo siento que existe de nuevo una posible posibilidad para el tema del mystery...lo quiero crear....

Para llegar a eso, he pensado proponerte lo siguiente,

Como tú no inviertes en publicidad ni marketing...pues que hagas una pequeña inversión a futuro en lo siguiente,

Que llesves a cabo una oleada de mystery, a mi atención, con carácter gratuito para QUE YO PUEDA PRESENTAR LOS RESULTADOS AL GRUPO DE GERENTE, DONDE LES PUEDA DEMOSTRAR QUE UN ACUERDO SIN AUDITORÍA NO TIENE SENTIDO, PORQUE NO LO ESTAMOS CUMPLIENDO.

YO TENGO CASI LLENA LA EXCEL CON CRUCES Y DEMÁS.... PERO SERÍA CREO MUY IMPORTANTE Y LAPIDARIO PARA ENCONTRAR UNA SALIDA, SI ADEMAS DE DECIRLO MIS VENDEDORES EN EL FICHERO EXCEL QUE HE PREPARADO PARA TODOS, PUES LLEVAR A UNA COMIDA NUESTRA UN INFORME TUYO ACTUALIZADO DONDE VEAMOS LA REALIDAD QUE ESTAMOS HACIENDO TODOS CON UN INFORME EXTERNO....

Primitivo no haría falta más que 2 visitas por concesionario,

Una primera para ver el descuento nada más entrar,

Y si no te dan el descuento máximo, pues hacer una llamada o una segunda visita a ver qué se rasca, ¿Cómo lo ves? Te atreves a invertir 2 entrevistas, NO EXTENSAS, NO DE CALIDAD, SOLO DE PRECIO, por conce que somos 5.

Llámame cuando lo hayas leído y cambiamos impresiones, yo no puedo pagar este informe por todos,

Y debo llevar el efecto sorpresa,

ME COMPROMETO A VENDER TUS SERVICIOS, como siempre he hecho..."

Mediante otro correo de 13 de enero de 2010 TBERMOTOR convocaba a AUTO ELIA, a SERVAUTO, a SIMPSON y a SWEDISH, a una reunión con el objetivo de cambiar impresiones sobre la estrategia comercial, política de descuentos de cada uno de los concesionarios para el XC60, ante el nuevo panorama del 2010. Además, se adjuntaba el estudio que había pedido 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).

Obra 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 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 TIBERMOTOR quien convocaba a los concesionarios integrantes del cártel a las reuniones.

Así, el 19 de enero de 2010 TIBERMOTOR remite correo a ANT adjuntando documentación sobre modelos de la marca VOLVO, señalando que "los tácticos varían todos los meses, intentaré mandártelos todos los meses". Así, en el archivo "Tácticos enero 2010" (folio 6287 Expte) figura una tabla con los tácticos vigentes hasta el 31 de 2010 en los modelos VOLVO C30, C70, S80.V70, XC70 y XC 90, con los importes asignados a cada uno de los modelos de cada gama. Consta acreditado que el 2 de febrero de 2010 TIBERMOTOR remite nuevo correo a ANT con copia a AUTO ELIA, BATTICOLA, SIMPSON CARS, SERVAUTO Y TURISMOS MADRIS, con el siguiente contenido:

"Confirmamos la intención de continuar con el proyecto adelante y mantener una temporada las encuestas al conce que ha dejado de trabajar con vosotros,

Coste que repartir a partes iguales entre el resto que continuamos. Té confirmo nuestra reunión con Leonardo el próximo lunes día 8. Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail" (folio 6223).

Mediante otro correo de 19 febrero de 2010 (folio 6166 Expte), el gerente de ANT envía a TIBERMOTOR el informe: "RESUMEN MADRID ENE10" que refleja 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, así como el estudio completo realizado en SWEDISH CARS, a repartir entre todos.

Desde entonces se suceden los envíos de correos electrónicos. Así, el 9 de marzo de 2010 (folio 6119 Expte) el cliente indiscreto pide a TIBERMOTOR los tácticos del mes de marzo, así como cualquier cambio que se haya producido en la política comercial y solicita que revise el cálculo del precio del Volvo S40 solicitado durante el mes de febrero.

Los correos electrónicos entre TIBERMOTOR y ANT, con copia a los demás participantes continúan (correo de 30 de abril de 2010 haciendo observaciones a los evaluadores de ANT y correo enviado por TIBERMOTOR a ANT, de 30 de abril de 2010 con el Asunto: "INDICACIONES Para TENER EN CUENTA PARA EVALUACIONES MAYO" (folio 91).

El 9 de mayo de 2010 (folios 6109 y ss Expte) se pone en conocimiento del cliente misterioso, con carácter urgente, que se ha cambiado de manera importante el tema comercial y éste, por correo de la misma fecha dirigido a TIBERMOTOR, explica que "desde este mes pediremos modelos sencillos y de venta habitual. Las características de los modelos a pedir serán las siguientes:

-Vehículos de la Gama 60 (V60, S60 y XC60)

-Habitualmente solicitaremos la versión "Momentum".

-No pediremos la motorización "DRIVE", nos centraremos en la motorización D3, pudiendo pedir modelos automáticos o manuales.

-No solicitaremos extras complicados. Como posibles extras nos centraremos en la pintura metalizada y, en ocasiones, en el "Pack Family".

Las nuevas condiciones son las siguientes:

Modelo XC60

4% Dto, sea stock o pedido a fábrica.

Resto de modelos

-3% Dto. Pedidos a fábrica.

-7% Dto. Coches stock"

Constan acreditadas reuniones de los participantes en el cartel los días 15 de marzo de 2010; el 19 de abril de 2010, con el objetivo, en esta última de tratar nueva estrategia para abril, mayo de 2020 y 9 de septiembre de 2010. (Folios 6293, 6292, 6126 a 6128, 6116,6117 y 6113). Además, está probado que el 9 de septiembre de 2010 ANT envía a AUTO ELIA, BATTICOLA, SERVAUTO, TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID Y SIMPSON CAR, la tabla resumen de resultados de las visitas realizadas en agosto de 2010.

Siguiendo con los correos electrónicos, aparece probado en el expediente administrativo que TIBERMOTOR remitió a ANT "los tácticos" para los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio de 2011, (folios 120,

119,118, 117, 116, 115); las acciones comerciales para julio y agosto y de septiembre de 2011- vigente hasta diciembre de 2011- (folios 111 y 113 y 89 y 92) sobre los que aquella realizaba sus "informes".

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de TBERMOTOR en el cártel constituidas, por un lado, por las que acreditan su intervención -especialmente relevante- en el mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", y, además, por los correos a que nos hemos referido y la convocatoria y asistencia a diversas reuniones de los participantes en las conductas sancionadas, 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 responsabilidad de la recurrente en la infracción que se le imputa, tanto en lo relativo a la conclusión de acuerdos colusorios, como en lo que respecta al intercambio de información, y todo ello por el período que le atribuye la CNMC en

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".

Para terminar, cumple manifestar que la prueba en la que se ha fundamentado la sanción impuesta a la empresa recurrente no viene referida, como sostiene ésta, en hechos prescritos, sino en actuaciones llevadas a cabo dentro del periodo temporal al que se circunscribe la conducta infractora, a saber, de octubre de 2009 a diciembre de 2011.

SÉPTIMO.- Pu es bien, la valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto 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 TBERMOTOR 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).

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. Así, a título de ejemplo, en el correo de 2 de febrero de 2010 remitido por TBERMOTOR 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 TBERMOTOE 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".

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.

OCTAVO. - Co mo hemos adelantado, opone la parte recurrente que la organización y el funcionamiento del mercado afectado y la ausencia de disfunciones en el mismo durante los periodos imputados desvirtúa la existencia de cualquier posible acuerdo entre competidores o, al menos, la posibilidad de que un acuerdo pudiera desplegar efectos en el mercado. Además, cuestiona la definición del mercado relevante y del mercado geográfico que efectúa la resolución recurrida y sostiene que la CNMC confunde el mercado afectado, que efectivamente sería el de la venta de vehículos nuevos de la marca Volvo en la Comunidad Autónoma de Madrid y Castilla León y Castilla La Mancha con el mercado relevante, que sería el mercado de la venta de automóviles (o automóviles de un determinado segmento) en el territorio de la Unión Europea.

Expone que limitar el mercado de producto exactamente a los productos y actuaciones concretas de las empresas imputadas es contrario al criterio del Derecho de la competencia produce el efecto no equitativo de que las conductas investigadas en un acuerdo entre competidores puedan ser consideradas como un cártel, por mucho que sus efectos y consecuencias puedan ser irrelevantes para el mercado.

Explica que, desde el punto de vista de la demanda, el mercado de producto del que debe partirse es el de la venta de automóviles nuevos a particulares de las categorías que coincidan con los que son objeto del acuerdo que se imputa y que formen parte del mismo segmento puesto que los vehículos a los que se refieren los supuestos acuerdos imputados son automóviles de un segmento muy concreto, destinados a particulares, que tienen su réplica en todas las principales marcas de automóviles que se venden en España, de forma que la elección de los consumidores se basa habitualmente en la comparación entre todos ellos. Y añade que, desde el punto de vista de la oferta, todos los concesionarios forman parte del mismo mercado en cuanto ofrecen productos de similares características de calidad, prestaciones y precios que los consumidores consideran como sustituibles entre sí. Y aun cuando reconoce que desarrollan una competencia intramarca, pugnando por realizar más ventas que el resto de los concesionarios de la misma marca, lo que puede ser decisivo a la hora de cumplir los objetivos., la realidad demuestra que solo pueden competir en calidad, servicio y volumen de ventas, para asegurarse tener una mayor presencia en el mercado adyacente de la asistencia postventa, en el que existe mayor margen para el ejercicio de una política comercial verdaderamente independiente, aunque también con ciertas limitaciones derivadas de las condiciones contractuales con la marca.

Precisa además, que los hechos que se imputan se refieren a acuerdos relativos no a todos los modelos de la marca VOLVO, sino únicamente a los modelos C30 y XC60, que son los únicos mencionados en los documentos obrantes en el expediente administrativo, lo que le lleva a considerar que el mercado relevante para este expediente sería el de la venta a clientes particulares de vehículos nuevos de cualquier marca, que pertenezcan a los mismos segmentos y sean de similares características de precio y calidad que los modelos C30 y XC60 de la marca VOLVO.

Respecto del mercado geográfico en el que se produjo la infracción imputada, manifiesta que no puede limitarse a la denominada por la Resolución Zona VOLVO Madrid, en la que se encuentran asentados todos los imputados, sino que debería haberse optado por una definición de un mercado nacional, o incluso del Espacio Económico Europeo (UE), tal y como define el mismo contrato de concesión de la marca VOLVO con sus concesionarios, en el que los consumidores pueden desplazarse por las distintas regiones a la busca del concesionario que les haga una mejor oferta de precio y, de no ser una diferencia muy poco significativa y despreciable desde el punto de vista de su significación económica, encontraría alicientes para desplazarse y adquirir el vehículo donde las condiciones le sean más favorables.

Por lo demás sostiene que, a falta de un análisis por parte de la CNMC de los efectos del supuesto cartel, éste no era susceptible de producir efectos anticompetitivos atendidas las cuotas de mercado de cada marca.

Por lo expuesto concluye que el mercado relevante a los efectos de valorar la imputación de las infracciones que la Sala de Competencia considera cometidas sería el de la venta a clientes particulares de automóviles



nuevos compactos, monovolúmenes compactos y utilitarios polivalentes en el espacio económico europeo o, en todo caso, en el territorio nacional español.

Y para terminar aduce que, si se hubiera tenido en cuenta la cuota total por automóviles vendidos, correspondería a las empresas imputadas en este expediente una cuota notablemente inferior al 1% del mercado nacional, cifra absolutamente insignificante y carente de idoneidad para que las conductas imputadas puedan dar lugar a una severa alteración del régimen competitivo.

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, el mercado afectado mercado afectado es 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.

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.

La actora viene a decir que el mercado ha sido incorrectamente definido porque los acuerdos entre concesionarios de la misma marca tendrían el efecto de producir un desplazamiento de la demanda hacia modelos de marcas de la competencia, además de no haberse acreditado los efectos ciertos en el mercado.

Sin embargo, 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.

El que propone la recurrente en su demanda, a saber, el mercado único de venta a clientes particulares de automóviles nuevos compactos, monovolúmenes compactos y utilitarios polivalentes que abarcaría todos los concesionarios de las distintas marcas, responde a un criterio distinto pero que no implica la invalidez del utilizado por la Comisión.

Desde luego, la razón que ofrece la recurrente para cuestionar la validez del mercado afectado que utiliza la resolución no puede de ninguna manera justificar su pretensión última, esto es, que se anule la sanción que se le ha impuesto, cuando consta acreditado, como hemos visto, su participación en los acuerdos de determinación de precios y condiciones comerciales e intercambio de información sensible.

Dicha razón se refiere a que los acuerdos entre concesionarios de las mismas marcas tendrían el efecto de producir un desplazamiento de la demanda hacia modelos de marcas de la competencia, además de no haberse acreditado los efectos ciertos en el mercado.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) 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. (EDL 1978/3879) 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".

Pero es que consideramos también que, aunque las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, las pruebas obrantes en el expediente administrativo evidencian, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios VOLVO, habiendo conseguido disminuir la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de la marca. Consecuencia a la que sin duda habría contribuido la conducta, también imputada y acreditada en los términos que hemos analizado, consistente en el intercambio de información comercial sensible.

Por lo demás, de la prueba obrante en el expediente administrativo resulta que el seguimiento a realizar por ANT no quedaba delimitado a determinados modelos, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios y que así lo corrobora el correo enviado por ANT el 19 de enero de 2010, que obra al folio 6288 del expediente, en el que se dice que "(...) los modelos a evaluar será toda la gama. Cada mes realizaremos dos estudios, uno de ellos siempre centrado en el XC 60 y el otro en un modelo del resto de la gama". Además, como se recoge en la propia resolución recurrida, consta el correo remitido precisamente por TBERMOTOR a ANT el 19 de enero de 2010 adjuntando la documentación relativa a distintos modelos de la marca VOLVO, en concreto y el archivo que se adjuntaba denominado "Precios octubre 2009.pdf" con los distintos modelos de VOLVO con sus características técnicas y precios correspondientes (S40, S80, V50, V70, XC60, XC70, XC90, C30 y C70) y en el archivo "Tácticos enero" información relativa a los modelos VOLVO C30, C70, S80, V70, XC70 y XC90, con los importes asignados a cada uno de estos modelos (folios 6.109, 6239 y 6240 a 6285, 6286 y 6287)

En cuanto al mercado geográfico afectado, resulta curioso que la recurrente propugne un mercado de ámbito nacional para, a continuación, sostener que es el de la Comunidad Autónoma de Madrid y de ahí, pretender la nulidad de todo el procedimiento como consecuencia de la falta de competencia de la Dirección de Competencia de la CNMC para instruir el expediente sancionador.

En todo caso, cumple manifestar que los hechos acreditados ponen de manifiesto el desarrollo de las conductas aquí analizadas atendiendo al ámbito geográfico de influencia del cártel, teniendo en cuenta que los concesionarios alcanzan un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, extendiéndose a las provincias limítrofes, pudiendo el cliente desplazarse a dichos establecimientos si le resulta más beneficiosa la oferta del concesionario de otra provincia, no necesariamente dentro de la misma Comunidad Autónoma, avalando así una consideración supra autonómica del mercado relevante.



NOVENO. - Por último, denuncia la parte recurrente la falta de motivación razonada y congruente de cuantía de las multas impuestas y de los criterios para su determinación; la vulneración del derecho a la tutela efectiva en su vertiente de incongruencia omisiva por falta de motivación; la aplicación arbitraria de los criterios de graduación y determinación de las sanciones de los artículos 63 y 64 LDC y la falta de proporcionalidad del importe de la sanción impuesta.

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 (2.868.907 en el caso de TBERMOTOR SR SL., con un 13,4% 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 (16.008.701 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (1,20%, para TBERMOTOR) y la multa (192.104 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 2,80%.

Sin que la falta de mención al beneficio ilícito que denuncia la demandante tenga la trascendencia anulatoria que le atribuye pues se trata tan solo de uno de los parámetros utilizables para cuantificar la sanción, siendo así que la CNMC ha empleado otros que, en razón a cuanto venimos razonando, ofrecen una motivación suficiente para sustentar la cuantía finalmente fijada.

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. - Co n carácter subsidiario, aduce la representación procesal de la recurrente que la conducta de TBERMOTOR entraría dentro de las conductas de menor importancia y la procedencia de aplicar la excusa absolutoria del artículo 5 de la LDC., a cuyo "Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado".

Parte en su razonamiento de lo establecido en el artículo 1.a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual se entenderán de menor importancia, conforme al artículo 5 de la LDC:

"a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados."

Puesto que habría acreditado que la cuota conjunta de ventas de vehículos de la marca VOLVO era inferior al 10% (1%) de las ventas de vehículos nuevos en el mercado geográfico considerado en la resolución recurrida, habría de concluirse que las ventas de vehículos nuevos llevada a cabo por los miembros del cártel resulta, forzosamente, inferior al 10%, de modo que las conductas por las que han sido sancionados no tendrían la relevancia suficiente para restringir la competencia y debería aplicarse la exención prevista en el artículo 1 de la LDC por estar ante una conducta de menor importancia prevista en su artículo 5.

No obstante, el motivo ha de ser igualmente rechazado pues desconoce la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del mismo RDC que, bajo la rúbrica " Conductas excluidas del concepto de menor importancia", dispone en su apartado 1 que "Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros...".

Precepto coherente, por lo demás, con las previsiones de la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de mínimos) 2014/Ñ 291/01.

UNDÉCIMO. - Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, 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. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de **TBERMOTOR SUR 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 NUM000 /Concesionarios Volvo, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 192.104 euros, al ser dicha resolución ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte actora.

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.