



Roj: **SAN 2452/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2452**

Id Cendoj: **28079230062020100219**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/09/2020**

Nº de Recurso: **439/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000439 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05212/2016

**Demandante:** AUTO ELIA, S.A.

**Procurador:** D<sup>a</sup> VIRGINIA CAMACHO VILLAR

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**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 once de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 439/16 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> Virginia Camacho Villar en nombre y representación de **AUTO ELIA, S.A.**, contra la resolución de 12 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0506/14, mediante la cual se le impuso una sanción de 391.171 euros de multa. 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 "... i) *Declare no ser ajustada a Derecho la Resolución recurrida, y en consecuencia la anule; o ii) con carácter subsidiario, declare no ser ajustada a Derecho la Resolución recurrida en lo que se refiere a la sanción pecuniaria impuesta a AUTO ELIA, SA., y en su virtud anule la parte dispositiva de dicha resolución o, en su defecto, lo modifique reduciendo sustancialmente la sanción impuesta, III) y en cualquier de los casos anteriores, con expresa imposición de costas a la Administración demandada y ordenando a la CNMC la publicación a u costa de la parte dispositiva de la sentencia*".

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

**TERCERO.**- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 24 de junio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha de 12 de julio de 2016 por el 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 464.971 euros de multa. 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: (...)*

*2. AUTO ELIA, S.L., por su participación en el cartel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.*

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

*2. AUTO ELIA, S.L.: 391.171 euros.*

*SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución (...)"*.

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

2) En el curso de dichas actuaciones, los días 4 y 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación llevó a cabo inspecciones en la sede de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L., además de realizar requerimientos de información a distintas empresas quienes, en distintas fechas del año 2014, aportaron los escritos que respondían a dicho requerimiento.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la ya Dirección de Competencia 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 las empresas A.N.T SERVICIALIDAD, S.L. y los siguientes concesionarios independientes distribuidores de la marca VOLVO: AUTO ELIA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L. y TBERMOTOR SUR, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

4) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, y ampliado el mismo con fecha 10 de septiembre de 2015 frente al Director General de TBERMOTOR SUR, S.A., el 14 de septiembre siguiente la Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, 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, con fecha 18 de diciembre de 2015 la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución que fue elevada al Consejo de la CNMC conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

6) Con fecha 17 de marzo de 2016 la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2015, o la mejor estimación disponible, con suspensión del plazo para resolver. Suspensión que fuealzada el 5 de abril de 2016 con efectos del mismo día.

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 AUTO ELIA, S.A., como una empresa con domicilio social en Alcalá de Henares (Madrid), constituida en 1991, y cuyo objeto social es la compraventa y comercialización de toda clase de vehículos y de recambios, repuestos y accesorios para los mismos, así como su reparación. Indica además que las sedes de AUTO ELIA se encuentran localizadas en Madrid, Guadalajara y Segovia, coincidiendo su área de influencia con estas provincias.

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

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

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca.

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

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

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

Al analizar dicho ámbito de influencia, la Dirección de Competencia habría comprobado que las prácticas anticompetitivas se producían en la zona denominada "VOLVO Madrid", en la que habrían participado 7 concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, teniendo uno de ellos también sedes en las provincias de Guadalajara y Segovia. Es por ello por lo que la CNMC indica que las conductas objeto de investigación se circunscriben a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha, siendo este el mercado geográfico afectado.

Por último, analiza la estructura del mercado por el lado de la oferta y, después de haber descrito antes las peculiaridades relacionadas con el precio de adquisición del vehículo por el concesionario a la marca y la



determinación del precio de venta al público, pone de relieve que existen 50 concesionarios de la citada marca en España, siendo todos ellos sociedades mercantiles independientes de VOLVO ESPANA. Señala que las relaciones entre VOLVO ESPANA y estos 50 concesionarios son las previstas en el contrato de 2003 vigente hasta mayo de 2013, así como el cumplimiento de los estándares, los Planes Anuales de Negocio (PDN) y los criterios generales de incentivos de venta que publica anualmente la marca.

Desde el punto de vista de la demanda, alude a los tres canales principales (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.

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.

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

Constata entonces la existencia de un cártel integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca VOLVO.

Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante el período comprendido entre octubre de 2009 y diciembre de 2011, y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y en el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prácticas prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con "... manifiesta ocultación y secretismo".

En su relación de hechos acreditados, se refiere la CNMC de manera especial al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos a través de la contratación de la empresa ANT SERVICIALIDAD, intervención que se revela como determinante, en muchos de los casos, para justificar la participación de cada uno de los concesionarios sancionados en los acuerdos colusorios.

La prueba de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos.

A ello se añaden otras pruebas como, por ejemplo, el correo electrónico enviado por TBERMOTOR a ANT el 16 de octubre de 2009, y en el que este concesionario reconocía que el sistema de control de los descuentos que ya se había puesto en marcha no funcionaba bien del todo y que un acuerdo sin auditoría no tendría sentido; correo que reenviaba TBERMOTOR con la misma fecha a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO (folios 6297 a 6299, obtenidos en la inspección de ANT).

También puede citarse el correo electrónico de 12 de enero de 2010 enviado por TBERMOTOR en el que convocaba a AUTO ELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR a una reunión en la sede de SERVAUTO, adjuntando el estudio solicitado a ANT respecto a los descuentos acordados y solicitándoles expresamente la confidencialidad de este correo, posteriormente reenviado al Gerente de ANT (folios 6296 y 6304, de igual procedencia).



Se justifica también la celebración de dicha reunión que tuvo lugar el 18 de enero de 2010, y de la que constan en el expediente anotaciones manuscritas (folios 121 a 123) que reflejan lo que se trató en ella, destacando referencias al descuento máximo permitido en función del modelo para empresas, particulares o autónomos, así como el margen de error permitido, "MARGEN DE ERROR.- 100 EUROS", o la multa establecida en el caso de que se detecten desviaciones sobre lo pactado, "PILLADAS.-1200€ (A REPARTIR ENTRE ELLOS)".

Los resultados de esta reunión, en la que se acordó que se reanudaban las visitas de ANT para el seguimiento de los acuerdos, se reflejan en el correo electrónico de 19 de enero siguiente, remitido por el Gerente de ANT a TBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA (folio 6288).

En el correo electrónico remitido el 2 de febrero de 2010 por TBERMOTOR a ANT, con copia a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO y TURISMOS MADRID, se resaltaba expresamente la importancia de ser discreto con este tipo de información, confirmando que continuaban con el acuerdo (folio 6233).

La confirmación de que se estaban efectivamente llevando a cabo tales visitas resulta del correo remitido el 10 de marzo de 2010 por ANT a los concesionarios participantes en este cártel (folios 6121 a 6123 y 6126 a 6129).

Consta asimismo la celebración de una nueva reunión el 15 de marzo de 2010 (folio 128, documentación incluida en la carpeta VOLVO MADRID obtenida en la inspección de ANT), y la convocatoria a otra para el 19 de abril siguiente (correo electrónico enviado por TBERMOTOR a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO el 15 de abril de 2010, folios 6116 y 6117).

El correo de 6 de septiembre de 2010 refleja la convocatoria por TBERMOTOR a una reunión a celebrar el día 8 de septiembre con objeto de que los concesionarios participantes conocieran los servicios que ofrecía la empresa HORWATH para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados (folio 6113).

Es también significativo el envío el 9 de septiembre de 2010 por ANT a AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS de la tabla resumen de resultados obtenidos tras las visitas realizadas en agosto de 2010 (correo electrónico obrante a los folios 6111 y 6112).

Además, la resolución recurrida incide en el conocimiento por parte de las empresas incoadas del carácter ilícito de su conducta lo que se acreditaría con las referencias a la necesaria confidencialidad de las comunicaciones, o las llamadas a la discreción (cita como ejemplo el correo electrónico enviado por TBERMOTOR a ANT el 13 de enero de 2010, reenviando a su vez el correo electrónico remitido por TBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, con el siguiente asunto: "... MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto Rte de otras veces con menú de crisis..., adjuntando los documentos RESUMEN\_VOLVO\_MADRID", (folios 6293 a 6296 y 6304).

Finalmente, tras valorar las pruebas reunidas en torno a la participación de los concesionarios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC calificada de cártel por los acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales así como el intercambio de información comercial sensible, adoptados y aplicados por los concesionarios de la marca VOLVO: AUTO ELIA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L.U. y TBERMOTOR SUR, S.L., con la colaboración de ANT SERVICIALIDAD, S.L., desde al menos octubre de 2009 hasta diciembre de 2011. Aprecia que tal entra dentro de la definición de cártel "... en la medida que empresas competidoras adoptaron un acuerdo para fijar precios y condiciones comerciales, intercambiando información estratégica y comercialmente sensible con la colaboración de A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca VOLVO, restringiendo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de esa marca con el consiguiente perjuicio para el consumidor".

**TERCERO.-** Teniendo presente el ámbito geográfico definido en relación a este cártel, las conductas que se imputan a las distintas empresas intervinientes y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede analizar ya el primero de los motivos en los que la actora funda su impugnación, y que se refiere a la nulidad de las actuaciones como consecuencia de la ilicitud de la inspección realizada en la sede de ANT.

En concreto, argumenta que la orden que dispuso dicha inspección no indicaba con la imprescindible claridad y precisión, y conforme a las exigencias descritas por la jurisprudencia, el objeto y finalidad de la misma, lo que supondría una quiebra del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18.2 de la Constitución, además de no reunir los requisitos al respecto previstos en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Varias consideraciones obligan a rechazar también esta pretendida causa de nulidad, como ha tenido ocasión de manifestar la Sala en anteriores pronunciamientos en que se ha hecho idéntica alegación.

En primer lugar, no puede dejar de significarse 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, es decir, ANT, en cuya sede se localizó la documentación inculpativa.

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

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 VOLVO, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye la 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 AUTO ELIA en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación a la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

**CUARTO.-** Sostiene además AUTO ELIA que las pruebas reunidas por la CNMC son insuficientes para deducir de ellas la responsabilidad que se le atribuye, e invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24 de la Constitución.

Se remite de manera expresa al artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a diversos pronunciamientos judiciales que avalarían su interpretación, en especial teniendo en cuenta las peculiaridades de la distribución de vehículos automóviles que constituye su actividad.

Niega que se haya producido el intercambio de información que le imputa la resolución sancionadora, incide en la falta de prueba suficiente sobre este extremo y razona que, aun suponiendo acreditado el intercambio de información, ello no bastaría pues la CNMC estaba en la obligación de acreditar una supresión o, al menos, debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, siendo así que el mercado no ha sido analizado con una mínima exactitud, como tampoco lo ha sido el proceso de distribución de los vehículos de la marca VOLVO en España.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de AUTO ELIA que aparece reflejada en el pasaje de la resolución al que nos hemos referido antes.

Pues bien, la lectura de este apartado pone de manifiesto la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de ANT SERVICIALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución al comienzo del relato de hechos probados, donde describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos 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 de este modo 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 a los integrantes del cártel de cada zona, y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Para llegar a esas conclusiones es particularmente ilustrativo el contenido del fichero incluido en la carpeta denominada "VOLVO Madrid 2010" recabado en la inspección de ANT, folios 126 y 127, en el que, respecto de la metodología de trabajo de dicha empresa, se indica lo siguiente:

*"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."*

Como relata la resolución y consta acreditado documentalmente en los correos que hemos citado en el fundamento segundo, ANT enviaba con periodicidad mensual a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, al que adjuntaba el estudio titulado "tabla de resultados", con el resumen del resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas.

Por lo demás, 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 AUTO ELIA en 2007, 2010 Y 2011 (folios 2 a 8, 9 a 17 y 18 a 29).

Por otra parte, y conforme a lo que venimos razonando, es ineficaz el argumento de que las referidas facturas no son insuficientes para destruir la presunción de inocencia 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, como los correos a los que también nos hemos referido antes y entre cuyos destinatarios se encontraba AUTO ELIA.

Así, existe constancia, de la celebración de varias reuniones en el año 2010 como lo acreditan los correos electrónicos enviados por el Gerente de TBERMOTOR a los participantes en el cártel, entre los que se encontraba AUTO ELIA, mediante los cuales convocaba a dichas reuniones, a celebrar el 13 de enero, el 18 de enero, el 15 de marzo -en este caso, convocada por ANT-, el 19 de abril y el 8 de septiembre de 2010. Correos

que aparecen relacionados en la resolución y obran a los folios del expediente especificados en la misma: 6293, 6292, 6126 a 6128, 6116 y 6617, y 6113.

Además, consta también la remisión por ANT de las tablas resumen con los resultados de las visitas a AUTO ELIA, como reflejan los correos de 19 de febrero de 2010, folios 6217 y 6225, o de 9 de septiembre del mismo año, folios 6111 y 6112.

La resolución resume, en fin, la prueba que obra en el expediente justificativa de la participación de AUTO ELIA en las conductas que se le imputan, prueba que se advera con los folios a los que de manera explícita se remite, del modo siguiente:

"- Correos electrónicos: 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folios 6293 a 6296 y 6304); 15 de enero de 2010 (folio 6292); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folio 6233); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 5 de abril de 2010 (folios 6116 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 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29)".

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de AUTO ELIA en el cártel constituidas, por un lado, por las que acreditan su intervención en el mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", y, además, por los correos a que nos hemos referido, 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 la resolución recurrida.

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".

**QUINTO.**- Denuncia la actora que no existe infracción de cártel por no concurrir los elementos de prohibición, remitiéndose a la definición contenida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Advierte que los intercambios de información no constituyen *per se* una infracción de competencia, y que no lo serían en este caso teniendo en cuenta la naturaleza de la información intercambiada, así como las peculiaridades del sector.

Y cuestiona la calificación de las conductas como restricciones por objeto.

Estas alegaciones remiten, como decimos, al examen de la prueba obrante en el expediente con objeto de determinar si resulta bastante para sustentar la imputación y, al mismo tiempo, a la necesidad de precisar si las conductas que dichas pruebas acreditan son o no constitutivas de la infracción finalmente apreciada, que se incardina en los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, los cuales prohíben las prácticas concertadas o colusorias que tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia.



Es cierto que estos preceptos no se refieren de forma expresa a los intercambios de información entre competidores como prácticas prohibidas, pero también lo es que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles.

Destacamos los siguientes epígrafes que determinan cuales son las características que debe reunir un intercambio de información entre empresas competidoras para que pueda calificarse como de conducta colusoria. Las características que deberá reunir la citada información son:

#### 1. Información estratégica:

(61): " El intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir".

(58): " El intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".

(86): " El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. (...) La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio".

#### 2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura:

(73): " Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio".

(90): "No es probable que el intercambio de datos históricos de lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".

#### 3. Información desagregada:

(74): " Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

(89): " Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tiene muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa".

#### 4. Frecuencia del intercambio de información:

(91): "Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En mercados más inestables pueden ser necesarios unos intercambios de información más frecuentes con objeto de facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. (...) No obstante, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio, también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos".

#### 5. Información de datos públicos o privados:



(92): *"Por lo general, no es probable que los intercambios de información verdaderamente publica constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente publica es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente"*.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, ECLI: EU:C:2009:343, T- Mobile Netherlands y otros) en la que resolvió que el tenor literal del artículo 101 TFUE no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores, y concluyó que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes.

En el mismo sentido, en la sentencia de 19 de marzo de 2015 (C-286/13:C:2015:184, *Dole Food y Dole Germany/ Comisión*, párrafo 119 y 120) declaró que *" todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común"*, para a continuación indicar que, *" si bien (...) esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado"*.

Recordemos que, como también ha afirmado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 31 de marzo de 1993 *Ahistrom Osekaye y otros*, en los asuntos acumulados C-89-85, C-104-85, C114-85, C-116-85, C117-85 y C-125, y en Sentencias de 27 de octubre de 1984, *Fiatagri y New Holland Ford/Comisión*, todo operador económico debe determinar autónomamente su política y condiciones comerciales.

Sentadas estas premisas generales, procede analizar ahora si la información intercambiada entre los concesionarios sancionados reúne esas características, para lo que es preciso tomar como referencia los hechos acreditados en el expediente.

Pues bien, en el caso de autos, el examen de los documentos obrantes en las actuaciones acredita que varias empresas concesionarias de la marca VOLVO actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo, participando en intercambios de información que se mantuvieron de forma periódica y durante un periodo prolongado de tiempo.

Estos intercambios de información derivaban de la consciente y voluntaria participación en la monitorización y seguimiento de la actividad de cada concesionario a través de ANT, quien remitía periódicamente a los integrantes del cártel, como hemos visto, las tablas resumen con indicación de datos tales como los descuentos aplicados por cada uno de ellos en los diferentes modelos, los regalos ofrecidos, o la tasación efectuada por el vehículo usado, lo que constituye una información que sin duda tenía un interés máximo para llevar a cabo una actuación concertada de modo eficaz.

Cuestiona la entidad recurrente, como decíamos, la posibilidad de que los intercambios de información pudieran subsumirse bajo la figura de cártel, denunciando de este modo la vulneración del principio de tipicidad.

No obstante, esa calificación resulta de la configuración misma del cártel como infracción por objeto, y no se desvirtúa por la Disposición Adicional Cuarta de la LDC que define el concepto de cártel a los efectos de la misma Ley (redacción vigente en la fecha de la resolución sancionadora ahora recurrida) como *"... todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"*.

En cualquier caso, entendemos que la enumeración contenida en la Disposición Adicional no es de carácter cerrado. El artículo 62 de la LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención de su artículo 1. En esa concepción del sentido de la mencionada Disposición Adicional Cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida, o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones. Esta interpretación resulta avalada por la posterior redacción dada a la Disposición Adicional Cuarta por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, vigente desde el 27 de mayo de 2017, en la que el cártel aparece definido como *"todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar*

su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia".

En cuanto a las críticas que se contienen en la demanda en relación a la definición del mercado que hace la CNMC no desvirtúan el hecho de que, en todo caso, tal definición obedece a un criterio objetivo, y se identifica con la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO. Y, desde luego, no pueden 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.

Por lo demás, en cuanto la caracterización de la infracción como una infracción por objeto, es doctrina reiterada del TJUE la de que los acuerdos sobre precios 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 cuando afirma que "... 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.

Es conocida la doctrina contenida en la 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 "... incidencia económica en los compradores de dichos vehículos de la marca VOLVO, que no pudieron beneficiarse de los mayores descuentos o mejores condiciones comerciales que hubieran existido si no se hubieran aplicado dichos acuerdos, lo que, en última instancia, supuso que los consumidores pagaran un precio superior al que en un contexto de libre competencia hubieran pagado". En definitiva, la producción de efectos.



Ha de decirse también, al hilo de los argumentos expuestos en la demanda sobre el particular, que la propia resolución reconoce que los acuerdos de fijación de precios y los intercambios de información podrían constituir infracciones independientes, pero solo si se hubieran ejecutado de forma aislada por cada uno de los concesionarios, teniendo presente que el artículo 1 de la LDC incluye las dos conductas entre las prácticas prohibidas.

Pero es al mismo tiempo admisible también, sin que a ello obste la posible tipificación independiente, la integración de ambas conductas en una infracción única y continuada de naturaleza compleja, por resultar las dos complementarias.

El intercambio de información se revela, así como instrumento que posibilita los acuerdos y constituye por ello parte integrante de la conducta constitutiva del cártel. Sin que, en contra de lo manifestado por AUTO ELIA, haya sido sancionada de manera independiente, ni se haya vulnerado entonces el principio *non bis in ídem*, como denuncia.

**SEXTO.**- Por último, cuestiona también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción se ajuste a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de las multas, denunciando por ello la falta de motivación suficiente de la sanción y su desproporción.

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 recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

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 infractores".

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 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 (en el caso de AUTO ELIA, la cuota de participación en la conducta es de un 26,8%, teniendo en cuenta que su volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción fue de 5.736.000 euros).

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 (35.561.000 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (1,10%, para AUTO ELIA) y la multa (391.171 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 la misma 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 VOLVO.

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 1,10%.

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.

**SÉPTIMO.-** 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 la Procuradora D<sup>a</sup> Virginia Camacho Villar en nombre y representación de **AUTO ELIA, S.A.**, contra la resolución de 12 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0506/14, mediante la cual se le impuso una sanción de 391.171 euros de multa, 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.