



Roj: **SAN 1707/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1707**

Id Cendoj: **28079230062020100146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/07/2020**

Nº de Recurso: **298/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000298 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03423/2016

Demandante: SELIGRAT AUTOMOCION S.A.

Procurador: D^a ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N^o:

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 uno de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 298/16 promovido por la Procuradora D^a Isabel Campillo García, actuando en nombre y representación de **SELIGRAT AUTOMOCION S.A.** contra la resolución de 28 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 307.879 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia mediante la que se declare:

" se declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y decrete su íntegra anulación; subsidiariamente, se solicita la reducción de la sanción, o bien se ordene a la CNMC que practique la reducción de la misma, teniendo en cuenta los criterios para dicha reducción que han sido expuestos a lo largo del presente escrito, y especialmente para limitarla al importe de beneficio de la actividad investigada que ha sido acreditado con el presente escrito. Todo ello con condena en costas a la demandada..."

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

TERCERO.- Mediante diligencia de Ordenación de 1 de diciembre de 2016, se fijó la cuantía del recurso en 307.879 euros.

CUARTO.- En virtud de Auto de 1 de diciembre de 2016, se acordó el recibimiento del pleito a prueba uniéndose el informe pericial acompañado con la demanda y fijándose fecha para su aclaración y ratificación en que tuvo lugar.

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

SEXTO.- Seguidamente, mediante providencia de 8 de junio de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 10 de junio de 2020, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 28 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 307.879 euros. euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET", 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 cartel.

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

SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A.

(...).

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

7. SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A.: 307.879 euros.

(...)

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

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

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, entre el 5 de marzo y el 30 de octubre de 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 30 de octubre de 2014 la incoación del expediente sancionador S/0505/14 *CONCESIONARIOS CHEVROLET* contra las empresas ANT, ALCARREÑA DE TURISMOS, S.L., AUTOTODO, S.L., MOTOR ALUCHE, S.A., ROAUTO, S.A., SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A., TALLERES PRIZÁN, S.A., CORREDOR GIL MOTOR, S.A., VIÑARCAR, S.A., ROCEÑA DE TURISMOS, S.A. y TURISMOS Y VEHÍCULOS INDUSTRIALES, 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, el 9 de julio de 2015 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 el 30 de octubre de 2015, el día 13 de noviembre siguiente la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

6) Presentadas alegaciones, el 4 de diciembre de 2015 se elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

7) Con fecha 28 de enero 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 fue alzada el 15 de febrero de 2016 con efectos de 13 de febrero anterior, fijando como nueva fecha de caducidad el 11 de mayo de 2016.

8) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 28 de abril de 2016 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, SELIGRAT DE AUTOMOCION ,S.A., del siguiente modo:

SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A. (SELIAUTO), con domicilio en c/Carlos Sainz, Polígono Industrial 43 y 45, Leganés (Madrid), fue constituida el 27 de septiembre de 1979. Su objeto social es la compra, venta y comercialización de vehículos automóviles, nuevos y usados, así como sus accesorios y piezas de recambio, y la reparación de dichos vehículos, o la instalación en los mismos de piezas y accesorios. SELIAUTO es un concesionario de vehículos de distintos fabricantes, entre ellos CHEVROLET, desde septiembre de 200922, si bien dejó de ser concesionario oficial de la marca el 30 de junio de 201423. El volumen de negocios de SELIAUTO en 2015 ascendió a 43.982.759€ (folio 11452.2).

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. De éste modo, 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, en relación al mercado de producto, la resolución sancionadora precisa que es la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca CHEVROLET vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca, desde enero de 2011 a enero de 2012.



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

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

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

Al analizar dicho ámbito de influencia, la Dirección de Competencia habría comprobado que las prácticas anticompetitivas se producían en la denominada "Zona de Madrid", que incluye los concesionarios (nueve) ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, y uno en la provincia de Guadalajara. 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 CHEVROLET en las Comunidades Autónomas de Madrid y Castilla-La Mancha, siendo este el mercado geográfico afectado, si bien, señala, el ámbito de influencia de los referidos concesionarios sería mayor que el de la provincia en la que se ubican, por lo que considera que el mercado relevante tiene "una consideración supra autonómica".

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 los diez concesionarios incoados se dieron de baja como distribuidores reparadores y firmaron un contrato de concesionario con CHEVROLET el 1 de junio de 2013; y, posteriormente, todos ellos dejaron de ser concesionarios CHEVROLET, aunque siguieron siendo reparadores autorizados.

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.

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida describe las conductas investigadas.

Así, explica que de la información obtenida tras la inspección realizada los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT y de las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia a las empresas incoadas se reveló la existencia de un cártel autodenominado por sus integrantes como "Red Madrid" o "Red CHEVROLET Madrid", integrado por los concesionarios ALTUSA, AUTOTODO, MOTOR ALUCHE, ROAUTO, SELIAUTO, TALLERES PRIZÁN, CORREDOR GIL MOTOR, VIÑARCAR (hasta diciembre de 2011), COSDILER, ROTUSA y TUVISA, con la colaboración de ANT que se habría extendido desde enero de 2011 a enero de 2012.

En cuanto al origen del cartel, la resolución recurrida dice que con fecha 13 de enero de 2011, el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR, representante de este cártel en sus relaciones con ANT, envió un correo electrónico a ANT solicitando presupuesto para la elaboración de los denominados *estudios de mercado*, indicándose los concesionarios que tenían la intención de participar en dichos estudios. Correo electrónico enviado el 13 de enero de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT (folio 482), recabado en la inspección de ANT.

"Buenos días [director comercial de ANT]: Tal y como te comentaba telefónicamente te paso lo datos de la Red de Madrid para configurar presupuesto:

Destaca la resolución recurrida como particularidad la existencia de una empresa externa, ANT, contratada por los propios concesionarios con la finalidad de controlar el cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas, a través de visitas periódicas a los participantes del cártel mediante los denominados "estudios de política comercial" o "estudios de mercado".

En el documento "Presentación de política comercial" de ANT, el procedimiento para el control del cumplimiento de los acuerdos consistía en: *"visita primera nuestro evaluador visita la concesión y muestra interés por un modelo determinado. Tras recibir una atención completa por parte del comercial recibe una primera oferta de dicho vehículo. visita segunda el evaluador vuelve a los pocos días y le dice al vendedor que ha estado en otra concesión y le han dado mejor oferta. Que comprará el coche a él si le deja el vehículo a "tal" precio"*. (folio 651 del expediente).

Explica la resolución impugnada que con la información recabada en las visitas de los evaluadores de ANT, que se hacían pasar por compradores mostrando interés sobre un modelo determinado, se realizaba un informe mensual que se remitía a los concesionarios en el que además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial, se informaba de la oferta económica obtenida por el resto de concesionarios.

Tales eran las condiciones relativas a la prestación del servicio llevado a cabo por la citada empresa. Así lo acredita, dice, el Fichero electrónico denominado "Estudio de políticas comerciales 2012" (folios 641 a 645), recabado en la inspección de ANT:

"(...) 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." (Folio 643)

El objetivo de dichos "estudios" era, tal y como expresamente señala ANT, *"acabar con la guerra de precios existentes y homogeneizar descuentos máximos consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido"* (folio 649), para lo que se identificaban aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos de fijación de precios adoptados al ofrecer descuentos superiores y precios más baratos, y se remitían dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel con el fin de facilitar el seguimiento de los acuerdos.

Destaca la resolución recurrida que las empresas conocían la ilegalidad de las conductas pactadas y controladas a través de ANT. Así se desprende de las propias condiciones pactadas entre los concesionarios y ANT, cuando se manifiesta lo siguiente (folio 644): *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 (...)*.

Según relata la resolución impugnada, para realizar este seguimiento, ANT necesitaba conocer el precio de venta previamente pactado y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos (las de "libre disposición"), siendo dicha información reportada a ANT a través del Gerente de CORREDOR GIL MOTOR, interlocutor de los integrantes de la Red CHEVROLET Madrid con ANT, como lo revela el correo electrónico interno de ANT en el que se adjunta un archivo Excel que contiene en una de sus pestañas denominada "Notas generales", la ficha del cliente "CHEVROLET Madrid", recogiendo los siguientes datos en el Documento denominado "CHEVROLET MADRID.xls" adjunto al correo electrónico interno de ANT (folio 541) de 15 de abril de 2011, con asunto "Chevrolet Madrid", recabado en la inspección de ANT (folios 541 y 542):

-Cliente: CHEVROLET Madrid -Contacto: [gerente de CORREDOR GIL MOTOR] -Número de móvil: [.....] -Razón social: Gil Motor

Explica la resolución recurrida que las decisiones que el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR trasladaba a ANT se adoptaban en las reuniones celebradas por el cártel, como revela el correo electrónico interno de ANT de 4 de enero de 2012: *"(...) [Gerente de CORREDOR GIL MOTOR] ha informado que la reunión de gerentes de la red Chevy tendrá lugar el próximo 10 de Enero, 2012. Que lo sepas... por si tienes que hacer algo con tu agenda. Saludos cordiales"*. Correo electrónico interno de ANT de 4 de enero de 2012, recabado en la inspección de ANT (folio 626).

Igualmente, el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR era la persona que contactaba con ANT para acordar las visitas de los evaluadores de ANT a los concesionarios, como reflejan los Correos electrónicos enviados por el Gerente de Corredor Gil Motor a ANT el 21 de marzo de 2011 (folios 583 y 584), el 18 de abril de 2011 (folios 575), el 19 de abril de 2011 (folio 580), el 9 de noviembre de 2011 (folio 612) y el 14 de noviembre de 2011 (folios 615 y 616), recabados en la inspección de ANT.

Cita también la resolución impugnada el remitido el 18 de abril de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT, indicando lo siguiente: *" Adjunto os remito los siguientes ficheros: - Precios actualizados. -Campañas vigentes desde 11 de abril. -Condiciones establecidas. -Hoja para el cálculo*

de márgenes." Correo electrónico enviado el 18 de abril de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT, con asunto "Condiciones", recabado en la inspección de ANT (folio 575).

Entre los archivos adjuntos de este correo electrónico de 18 de abril de 2011, figura una tabla en la que se detalla el "margen mínimo establecido", los "gastos de matriculación", las "operaciones de libre disposición" y las "áreas de actuación", con entrada en vigor el 8 de junio de 2011, Archivo denominado "condiciones 110418" (folio 579), adjunto al correo electrónico de 18 de abril de 2011 enviado por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT (folio 575), recabados en la inspección realizada en la sede de la empresa ANT..

Explica la resolución recurrida que ANT realizaba el seguimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios participantes en este cártel, elaborando tras las visitas realizadas a estos concesionarios los correspondientes informes por concesionario, en los que se recogían las condiciones económicas conseguidas.

Estos informes se empleaban para elaborar una tabla resumen por ANT que era remitida a todos ellos, así como los informes realizados de cada concesionario, identificando los concesionarios visitados, el precio de referencia, la oferta final, la diferencia entre ambos precios, regalos, tasaciones y las incidencias detectadas. Correo electrónico enviado el 13 de diciembre de 2011 por ANT a los Gerentes de ALTUSA, AUTOTODO, COSDILER, CORREDOR GIL MOTOR, MOTOR ALUCHE, ROATO, ROTUSA, SELIAUTO, TALLERES PRIZÁN, TUVISA y VIÑARCAR, con documento adjunto "RESUMEN_CHEVROLET NOV 11", recabado en la inspección de ANT (folios 623 a 625).

Identifica la resolución recurrida las facturas expedidas por ANT desde abril de 2011 a enero de 2012 a ALCARREÑA, ROAUTO, SELIAUTO, VIÑARCAR, AUTOTODO, ROCEÑA DE TURISMOS, MOTOR ALUCHE, CORREDOR GIL MOTOR y TUVISA, que demuestran, a su juicio, que ANT monitorizó el cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios participantes en este cártel. En estas facturas se aprecia identidad de conceptos y de fechas, facturando ANT sus servicios a través del concepto "estudios de mercado" realizados en la misma fecha a estos concesionarios.

Explica la resolución impugnada que ANT necesitaba conocer las condiciones del acuerdo alcanzado por los concesionarios para comenzar con las visitas y la elaboración de los correspondientes informes. Así, lo refleja el documento denominado "Política de ventas y descuentos especiales", en el que se contiene un cuadro donde se indican para los modelos AVEO, CRUZE, ORLANDO y CAPTIVA los descuentos permitidos y los gastos de matriculación, así como qué operaciones son de libre disposición (para las que se permiten aplicar condiciones distintas a las del acuerdo) y qué áreas quedan también exentas, indicándose la entrada en vigor de los términos acordados para el 1 de febrero de 2011 Documento recabado en la inspección realizada en ANT dentro de la carpeta "Chevrolet Madrid" (folio 37).

Destaca que figuran en el expediente cuadros similares de abril, junio y diciembre de 2011 Documentos recabados en la inspección de ANT en la carpeta "Chevrolet Madrid" (folios 14 y 15) y archivos adjuntos a correos electrónicos de 18 de abril y 8 de junio de 2011 enviados por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR, así como los informes mensuales de las visitas realizadas por ANT desde mayo a diciembre de 2011, con referencia expresa a la oferta económica realizada, y la tabla resumen referente a todos los concesionarios participantes en este cártel y que se enviaba a todos ellos, conteniendo la oferta económica realizada por cada uno de estos concesionarios, los regalos ofrecidos, la tasación y cualquier otra observación de interés que pudiera afectar al precio final de los vehículos. Estos documentos fueron aportados por MOTOR ALUCHE en contestación a los requerimientos de información realizados 78.

Continúa relatando la resolución impugnada que el 18 de abril de 2011, el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR, en cuanto representante de este cártel en sus relaciones con ANT, envió el siguiente correo electrónico al Director Comercial de ANT: "(...) Adjunto os remito los siguientes ficheros: Precios actualizados. Campañas vigentes desde el 11 de Abril Condiciones establecidas, respecto de una serie de modelos (SPARK, AVEO, LACETI, CRUZE, ORLANDO Y CAPTIVA). Se añade una hoja para el cálculo de márgenes se recogen los precios y los márgenes de beneficio establecidos, especificándose que la entrada en vigor de dichas condiciones era ese mismo día 18 de abril de 2011.

Asimismo, se añade un apartado denominado "operaciones de libre disposición", señalándose que "se permite 1 al mes, siempre y cuando no intervenga ningún otro asociado". Finalmente consta otro apartado denominado "áreas de actuación" en el que se especifica que "quedan libres las áreas no suscritas a los estudios de mercado".

Se transcribe a continuación el fichero correspondiente a los márgenes y descuentos acordados (cuadro 1), así como el relativo a las condiciones establecidas por el cártel (cuadro 2). Documentos "hoja de márgenes s-ff.xls" y "condiciones 110418.xls", adjuntos al correo electrónico recabado en la inspección de ANT, enviado



el 18 de abril de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT, con el asunto "Condiciones" (folios 576 y 579).

Asimismo, el 8 de junio de 2011, el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR envió un correo electrónico al Director Comercial de ANT, en el que adjunta los ficheros correspondientes con las nuevas condiciones adoptadas por el cártel respecto del nuevo modelo AVEO 4/5 puertas así como otros modelos del SPARK, ORLANDO, CRUZE, CAPTIVA, tanto en relación con los precios, como con los descuentos permitidos, las operaciones de libre disposición y las áreas de actuación Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de ANT enviado el 8 de junio de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT, con asunto "Estudios de mercado", adjuntando los archivos "cuadro de aportaciones ventas especiales nuevo Aveo.xls", "DM11-22 Precios PyB Junio 2011.xls", "PyBJunio.xls" y "plan de acción 1106.xlsx" (folios 586 a 590).

Destaca la resolución recurrida la importancia que los concesionarios implicados daban al seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por parte de ANT y de ahí el correo electrónico remitido por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR al Director Comercial de ANT el 9 de noviembre de 2011, en el que el representante de los concesionarios participantes en este cártel, le indicó a ANT que de las siguientes cuatro visitas, una debería realizarse al concesionario AUTOTODO ya que *"no lo está llevando a cabo del todo"* y otra a VIÑARCAR, debido a que en su última visita se había detectado una incidencia⁸³: *"(...) Es conveniente que el entrevistador insista en que no quiere ningún tipo de regalo ni nada parecido y que solo va a precio. En diciembre solamente 4, seguimos creyendo que Autotodo no lo está llevando a cabo del todo y debiera ser uno de estos 4, el otro por la incidencia ultima debería ser Viñarcar, y los otros dos quedarían a vuestra elección. Gracias, un saludo"*. De hecho, VIÑARCAR se dio de baja en este cártel, como consta en el correo electrónico enviado el 14 de noviembre de 2011 por el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR a ANT: *"(...) Me acaba de comunicar la baja Viñarcar, por favor no paséis para hacer el análisis (...)"*.

Los resultados de las evaluaciones realizadas tras las visitas efectuadas en noviembre de 2011 fueron remitidos por ANT el 13 de diciembre de 2011 a los Gerentes de ALTUSA, AUTOTODO, COSDILER, CORREDOR GIL MOTOR, MOTOR ALUCHE, ROAUTO, ROTUSA, SELIAUTO, TALLERES PRIZAN, TUVISA y VIÑARCAR. Correo electrónico enviado el 13 de diciembre de 2011 por ANT a los Gerentes de ALTUSA, AUTOTODO, COSDILER, CORREDOR GIL MOTOR, MOTOR ALUCHE, ROAUTO, ROTUSA, SELIAUTO, TALLERES PRIZÁN, TUVISA y VIÑARCAR, con documento adjunto "RESUMEN_CHEVROLET_NOV 11", recabado en la inspección de ANT (folios 623 a 625).

Finalmente, menciona la resolución sancionadora la existencia de un correo interno de ANT de 4 de enero de 2012, en el que se indica la existencia de una reunión de Gerentes de la "red Chev" en ese mismo mes. Correo recabado en la inspección de ANT (folio 626).

CUARTO.- Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia..

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

En el caso de SELIGRAT AUTOMOCIÓN, la imputación obedece a su participación en el cártel de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de servicios, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre concesionarios de la marca CHEVROLET desde al menos enero de 2011 a enero de 2012.

QUINTO.- En su demanda, en síntesis, la parte recurrente, tras explicar el proceso de formación del precios de vehículos nuevos en la red oficial CHEVROLET denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al entender que la resolución recurrida se funda en meros indicios (facturas y estudios de mercado) para inferir de allí acuerdos colusorios inexistentes. Censura que no haya estudiado los contratos y el proceso de formación de precios en las redes oficiales de las marcas del Grupo CHEVROLET así como el mercado de automoción pues, de haberlo hecho, la conclusión de la CNMC sería otra.

Respecto al intercambio de información, no consta se haya producido pues ni contrató ni recibió informes de ANT pero aun admitiendo que se hubiera producido, la resolución sancionadora no acredita que se haya producido una reducción o debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado y éste no se ha examinado como tampoco el proceso de distribución de los vehículos CHEVROLET ni los efectos que pudiera ejercer sobre él un supuesto intercambio de información.

En segundo lugar, denuncia la infracción del principio de tipicidad pues los hechos analizados no integran un cártel (para ello, sería necesaria la presencia de concesionarios de distintas marcas pues los de una sola si

acuerdan precios enviarían a los consumidores a comprar a la competencia) ni intercambio de información sensible entre los miembros de una red oficial sujetos a unas condiciones comerciales y a una disciplina impuesta por la parte concedente que no ha sido investigada.

En tercer lugar, la falta de consideración de las circunstancias necesarias para imponer la multa, conforme al art. 64.1 de la Ley 15/2007. Así, no se ha efectuado análisis del mercado de producto y geográfico.

Tampoco se ha analizado el alcance de la infracción teniendo en cuenta la escasa influencia del concesionario sobre el precio del vehículo, la duración de la infracción, la incidencia sobre los derechos de los consumidores y usuarios ni el beneficio ilícito obtenido por la infracción.

Concluye solicitando la atenuante prevista en el art. 64.3.a) ya que las conductas concluyeron antes de del inicio de las investigaciones y la contemplada en el art. 64.3b) por no aplicación efectiva de las conductas prohibidas ya que la documentación aportada revela que no se produjo homogeneidad de precios.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, la recurrente rechaza la existencia del cartel porque, afirma, pertenece a una red oficial sujeta al cumplimiento de una serie de obligaciones contractuales. La sumisión jurídica y económica de cualquier miembro de la red al proveedor o fabricante limita por completo la libertad en muchos aspectos, y uno de ellos es la fijación del precio de venta al público.

Al decir la resolución recurrida que el cartel de "Red Madrid" o "Red CHEVROLET Madrid", se hallaba integrado por once concesionarios, con la colaboración de ANT que se habría extendido desde enero de 2011 a enero de 2012 que acordaron la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible, resulta necesario explicar como se forma el precio final del vehículo para verificar si éste viene impuesto por el fabricante o si pese a esas instrucciones o condicionantes puede existir un acuerdo anticompetitivo entre los concesionarios de aquel, como afirma la CNMC.

El examen de la documentación que obra en el expediente permite comprobar que 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.

En el informe pericial de MSI aportado con la demanda (doc. Nº 1) se indica que *"en el proceso de formación de precios del Sector, el proveedor fija el "PVP recomendado" de todos sus vehículos en valores posicionados al alza. Sobre estos pVp recomendados se aplican a posteriori campañas y promociones para reposicionar los precios de los productos en el mercado en beneficio del Cliente Final. Durante el proceso de venta, para retener al cliente potencial los Concesionarios se ven forzados a trasladar al cliente la mayor parte del descuento comercial que tienen en la factura de compra al proveedor, e incluso gran parte de sus ventas se cierran con un margen operativo negativo"*,

El incentivo vinculado a la retribución variable es el elemento competitivo más importante entre los concesionarios y en relación al cual se han detectado las prácticas anticompetitivas finalmente sancionadas.

Los descuentos, ofertas, regalos, garantías adicionales, y otros permiten a los concesionarios diferenciarse entre ellos en el mercado y ofrecer mejores condiciones a sus clientes.

Explicado lo anterior, advertimos que una cosa es que efectivamente la marca comunique al concesionario el precio de venta recomendado y otra diferente que el precio de venta al público lo fije también la marca en virtud de los contratos a los que se alude. En realidad, la marca vende el vehículo al concesionario y éste lo revende a sus clientes obteniendo el beneficio derivado del margen comercial de la venta y de la consecución de los objetivos que retribuye la marca.

El citado informe pericial advierte que *"los concesionarios tienen poca libertad para fijar el precio final de venta al público y no cuentan con un precio mayorista. Para la fijación del precio de venta de los productos no pueden sustraerse a las instrucciones de su proveedor"* pero ello no excluye la posibilidad de pactar dentro del margen del que gozan, ente caso, el nivel máximo de descuento sobre el precio de venta recomendado por la marca.

Recordemos que las Directrices relativas a las restricciones verticales, Doue 130 de 19 de mayo de 2010, definen estas como *" los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios"*.

De conformidad con ésta definición, tendría razón la actora en su argumentación si la marca efectivamente impusiera el precio final al concesionario, pero ya hemos visto que no es así. Si la marca impusiera efectivamente el precio y los concesionarios no tuvieran margen de maniobra al respecto, carecerían de sentido los contactos entre ellos y las comunicaciones de niveles máximos de descuentos, etc.



En realidad, los concesionarios de la marca, operan entre ellos en el mismo plano de la cadena de distribución de manera que para reducir la incertidumbre en el ámbito del componente variable del precio pactaban los descuentos máximos y otras condiciones comerciales aplicables al adquirente del vehículo. De no existir los acuerdos citados cada concesionario fijaría libremente aquellos elementos que inciden en el aspecto variable del precio, beneficiándose el supuesto comprador del resultado de una efectiva competencia entre ellos a la hora de fijar los descuentos máximos, los precios de tasación o los regalos, competencia entre los concesionarios que resultó restringida por la adopción de aquellas prácticas. Ello no significa finalmente una igualdad de precios, sino que el precio final de los vehículos acordados no fuera inferior a aquél que garantizaba a los concesionarios incoados ciertos márgenes, con aptitud para uniformar los precios de éstos, cuya afectación incide directamente en la libre competencia.

Las prácticas descritas integran por tanto un cartel, determinante de la infracción apreciada por la resolución sancionadora pues así lo revela la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, al advertir ANT en su documento "ESTUDIOS DE POLITICAS COMERCIALES 2012" (folios 641-646) que " *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.*"

A ello se añade otros elementos que son propios de ésta figura como la regularidad de los contactos mediante correo electrónico, el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos.

SÉPTIMO.- Entiende la actora que no se ha llevado a cabo un análisis del mercado sino que apenas se esbozan ciertas características generales sin un estudio previo.

A su juicio, la descripción del mercado ha de ser previa a fin de contextualizar en él los hechos investigados. Y desde luego debe de ser objetiva, no buscada a propósito ni ajustada para la mejor sancionabilidad de las conductas.

Explica que, dentro del sector de la automoción, son los vehículos a motor de las distintas marcas que están presentes en el mercado (y no los distinguidos por una sola marca, o de las marcas de un solo proveedor), los productos en los que se da la nota de homogeneidad y sustituibilidad que los convierte en un mercado a considerar desde la perspectiva de las normas competenciales. No puede considerarse que, habiendo una red selectiva al amparo de la reglamentación comunitaria sobre exención por categorías, exista como tal un mercado de producto restringido a los vehículos nuevos de CHEVROLET.

Tampoco se ha tenido en cuenta el estudio de las demás presiones competitivas que afrontan las empresas investigadas dado que en ningún caso

sus únicos competidores podrían ser los demás miembros de la red.

Por otra parte, considera que la CNMC ha incumplido su obligación de analizar y definir el mercado geográfico, y la ha sustituido por una definición *ad hoc* orientada nada más que a la mejor sancionabilidad de las conductas.

Los argumentos de la actora, que pueden ser asumidos en parte desde un planteamiento general y teórico, no se corresponden con el resultado de la prueba practicada.

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



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

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

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.

Asimismo, debemos recordar 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".

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



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

OCTAVO.- Acreditada la existencia del cartel, debemos analizar ahora, si como sostiene la recurrente, no se ha acreditado su participación en el llamado cartel de CHEVROLET de la Zona de Madrid.

La recurrente se limita a denunciar la vulneración de la presunción de inocencia, pero sin cuestionar el relato de la resolución recurrida descriptivo de la mecánica seguida por el cartel y los elementos probatorios en que se sustenta, trasladando sin más a la Sala la carga de verificar la concurrencia de estos.

A nuestro juicio, el expediente aporta suficientes datos incriminatorios que confirman la realidad de los hechos expuestos y así resulta de:

Las facturas expedidas por ANT en concepto de *estudios de mercado* a SELIAUTO en junio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2011 (folios 192 a 196).

Ya se ha explicado que, como relata la resolución recurrida, junto con el informe relativo a la atención al cliente que el personal del concesionario ofrecía al supuesto comprador, ANT enviaba mensualmente a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, adjuntando el estudio que ANT titula "tabla de resultados", que resume el resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Dicho estudio incorporaba un cuadro resumen de las ofertas de cada concesionario por modelo de coche (por lo general, dos modelos de cada marca) desglosado por condiciones comerciales del acuerdo (precio de mercado, oferta, regalos, tasación, financiación, cuota correcta), resaltando las "incidencias", esto es, los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos.

De este modo, todos los concesionarios recibían la tabla de resultados, lo que les permitía conocer las condiciones comerciales ofrecidas por el resto de concesionarios de su zona, así como aquéllos que hubieran incumplido el acuerdo.

La finalidad perseguida con la contratación de ANT era verificar el 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 a los integrantes del cártel de cada zona y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Por lo tanto, el pago de las facturas por SELIAUTO por los servicios prestados por ANT revela su conocimiento y voluntad de participar en el mecanismo diseñado por ésta para garantizar la vigilancia y el cumplimiento de los acuerdos adoptados por la red de concesionarios facilitando el intercambio de tales datos con el fin de homogeneizar el nivel máximo de descuentos a ofertar.

Por esa razón, la Sala concede un especial valor incriminatorio al pago de las facturas teniendo en cuenta que la explicación alternativa que ofrece la recurrente para explicar su abono carece de credibilidad.

Así, argumenta que la contratación de ANT respondía a la necesidad de comprobar sus resultados de calidad de ventas a efectos de recibir el abono previsto en el contrato en concepto de calidad en la atención al cliente, en segundo lugar, para comprobar que se cumplía con el sistema de campañas verificando que ningún concesionario vendiera por debajo de coste dada la prohibición de la venta a pérdidas y, finalmente, comprobar si algún distribuidor contaba con condiciones especiales lo que constituiría una deslealtad contractual del proveedor para con los demás miembros de la red.

Sin embargo, esos fines no se corresponden con los realmente ofertados por ANT como revela la presentación de su actividad (folio 649) en la que aquella ofrece a los concesionarios "*acabar con la guerra de precios existentes y homogeneizar descuentos máximos*", consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido, realizando un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente alcanzados por los concesionarios de la marca CHEVROLET e identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel facilitando, en definitiva, el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Un aspecto singular de este cartel es la actuación de CORREDOR GIL MOTOR como representante de los concesionarios implicados en su relación con ANTE. Tal representación no ha sido negada por SELIAUTO.



Así, son varios los correos remitidos por CORREDOR GIL MOTOR a ANT manifestando actuar en representación de los demás concesionarios, representación que estaría avalada por el hecho de que estos, también SELIAUTO, pagaron las facturas emitidas por ANT en retribución a sus servicios.

En efecto, consta que, con fecha 13 de enero de 2011, el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR envió un correo electrónico -folio 482- a ANT solicitando presupuesto para la elaboración de los denominados estudios de mercado, correo en el que se relacionaban los concesionarios que tenían la intención de participar en dichos estudios, y cuyo texto era el siguiente:

"Buenos días [director comercial de ANT]: Tal y como te comentaba telefónicamente te paso lo datos de la Red de Madrid para configurar presupuesto: (...)".

La existencia de dicha relación se confirma con la respuesta -folio 483- que ANT ofreció con fecha 7 de febrero de 2011 al correo de CORREDOR GIL MOTOR de 13 de enero anterior:

*"Te envío nuevo precio para la realización de las evaluaciones en la red de CHEVROLET. Finalmente podemos dejar el precio en 135 € por estudio, realizando un estudio de visita doble en cada concesión. El presupuesto mensual para la red sería de: 135 * 13.- 1.755 € IVA no incluido. Espero que este precio os resulte mas asumible. Os he aplicado un descuento maximo, propio de redes grandes. Quedo a la espera de vuestra respuesta, (...) Director Comercial ANT (...)"*.

A ello se añaden otras pruebas como las que acreditaban que el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR era la persona que contactaba con ANT para acordar las visitas de los evaluadores de ANT a los concesionarios, en concreto los correos electrónicos enviados por dicho Gerente a ANT el 21 de marzo de 2011 (folios 583 y 584), el 18 de abril de 2011 (folios 575), el 19 de abril de 2011 (folio 580), el 9 de noviembre de 2011 (folio 612) y el 14 de noviembre de 2011 (folios 615 y 616), recabados todos en la inspección de ANT.

Puede citarse también el Correo electrónico enviado el 13 de diciembre de 2011 por ANT, entre otros, al Gerentes de SELIAUTO, con documento adjunto "RESUMEN_CHEVROLET_NOV 11", recabado en la inspección de ANT (folios 623 a 625). En ese informe, se adjunta la ficha correspondiente con los datos técnicos utilizados para realizar dicha tabla resumen, en la que se relacionan los concesionarios participantes en este cartel (incluido SELIAUTO), así como la tabla resumen con los resultados de las evaluaciones efectuados en sus respectivos concesionarios en noviembre de 2011.

Entiende por ello la Sala, valorada la prueba en su conjunto, acreditada la participación de SELIAUTO en el cartel de CHEVROLET como resulta de las facturas abonadas a ANT así como de la documentación citada.

Sostiene SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A., que la contratación de ANT se hizo entre los meses de junio de 2011 a diciembre de 2011 por lo que solo puede atribuírsele una participación de 7 meses y no de 12 como hace la resolución recurrida. En su caso, solo existen facturas que abarcarían los meses de julio a octubre de 2011, y no hay más documentos.

Es cierto, como dice SELIAUTO que las facturas abonadas a ANT comprenden solo el periodo indicado, pero no ha negado la autenticidad del correo de 13 de enero de 2011 en el que se la incluye entre los miembros de la Red Chevrolet (folio 482 del expediente) ni por qué GIL MOTOR se atribuye su representación. A partir de ahí, el expediente revela que SELIAUTO y los demás miembros de la Red Chevrolet pactaron precios y condiciones comerciales a partir del 11 de abril de 2011 (folio 575), en junio (folios 586-590) y diciembre (folios 623-625) acordando celebrar una reunión con el mismo fin en enero de 2012 como revela un correo interno de ANT de 4 de enero de 2012, en el que anuncia la celebración de una reunión de Gerentes de la "red Chevy" en ese mismo mes. Correo recabado en la inspección de ANT (folio 626).

Por lo tanto, la participación de SELIAUTO en el cartel debe computarse desde enero de 2011 a enero de 2012 porque, como no consta acreditado un apartamiento inequívoco de la práctica anticompetitiva en que consistía el cartel, debemos entender que la participación de SELIAUTO en él, se mantuvo hasta enero de 2012.

NOVENO.- En cuanto a la imposición de la sanción, la demanda censura que la resolución recurrida no ha tomado en consideración las circunstancias necesarias para imponer la multa, conforme al art. 64.1 de la Ley 15/2007. Así, dice que la determinación del importe de la sanción es incorrecta, por infracción de las reglas establecidas en los artículos 63 y 64 de la LDC y del principio de proporcionalidad ya que la CNMC impuso a SELIAUTO una multa en el arco sancionador del 0 al 10% sin justificar en qué medida se tuvieron en cuenta cada uno de los elementos mencionados ni las razones que justificaban la imposición de la sanción en ese importe y no en otro.

No podemos acoger éste planteamiento.

La resolución sancionadora interpreta la STS de 29 de enero de 2015, que obligó a reconsiderar el método hasta entonces seguido por la CNMC para la determinación de las sanciones y su adecuación a los postulados de la tan citada sentencia si bien los criterios utilizados deben ser, en cualquier caso, dice la resolución recurrida, los recogidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, *"precepto que 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.

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"* refiriéndose desde el punto de vista temporal a la duración de un año 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 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"*.

A partir de ahí, 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 (en el caso de SELIAUTO el valor de sus ventas en el mercado afectado es de 2.774.064 euros al que corresponde una cuota de participación del 13,9 %, porcentaje absolutamente proporcionado en relación al que corresponde a otros concesionarios en función de su volumen de ventas en dicho mercado.

Finalmente, se ha tenido en cuenta el carácter multiproducto de SELIAUTO porque como explica la resolución recurrida *"un tipo sancionador, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto, es decir, las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado, conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de estas empresas"*.

En el caso de SELIAUTO, su volumen de negocio en el mercado afectado por la infracción es del 6,3% del volumen de negocios total en 2015, teniendo en cuenta *"que en este sector los operadores actúan con márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales. Este factor puede considerarse relevante siempre que, como aquí ocurre, ofrezca una imagen común o estructural del sector en cuestión -independientemente del concreto margen comercial de las empresas en un determinado año o periodo-, y siempre que los operadores*



carezcan del respaldo de un grupo empresarial que desarrolle otras actividades económicas con características diferentes, condición que también se cumple en este caso.

Por esa razón, se le ha aplicado el tipo sancionador del 0,70%, el más bajo de los tomados en consideración.

No apreciamos, por ello, falta de motivación de la resolución sancionadora porque hay en ella 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 0,70%.

Sin que la falta de mención al beneficio ilícito que denuncia la actora 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.

De este modo 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)."*

No advertimos tampoco razones para aplicar las atenuantes previstas en el art. 64.3.a) de la Ley 15/2007, *la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción* ya que el mero hecho de que las conductas concluyeran antes del inicio de las investigaciones no equivale al comportamiento activo que requiere el precepto para su aplicación y tampoco concurre la contemplada en el art. 64.3b) por no *aplicación efectiva de las conductas prohibidas* porque, lo relevante no es la homogeneidad de precios sino la reducción de la incertidumbre entre los concesionarios competidores, que constituye la esencia de la práctica anticompetitiva sancionada.

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

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

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a Isabel Campillo García, actuando en nombre y representación de **SELIGRAT AUTOMOCION S.A.** contra la resolución de 28 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 307.879 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que declaramos conforme a derecho.

2.- 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 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, 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 10/07/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ