



Roj: **SAN 1747/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1747**

Id Cendoj: **28079230062020100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/07/2020**

Nº de Recurso: **300/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000300 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03428/2016

Demandante: AUTOTODO SL UNIPERSONAL

Procurador: D^a ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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. 300/16 promovido por la Procuradora D^a Isabel Campillo García, en nombre y representación de **AUTOTODO**, contra la resolución dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28-4-2016, en el expediente n^o S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET. 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 "... 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. - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del 10 de junio del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sr. D^a M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28-4-2016, en el expediente n° S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET. 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. - De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

3. AUTOTODO, S.L., por 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.

(...)

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

(...)

2. AUTOTODO, S.L.: 321.440 euros.

(...)

CUARTO. - 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) Tras haber tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador.

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

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DI que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 30 de octubre de 2014 la incoación del expediente sancionador S/0505/14 Concesionarios CHEVROLET contra 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 LDC.



- 4) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, el 9 de julio de 2015, la Dirección de Competencia (DC) formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.
- 5) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 30 de octubre de 2015, el día 13 de noviembre siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.5 de la LDC, elevó la Propuesta de Resolución, junto con el resto del expediente, a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC para su resolución.
- 6) Con fecha 28 de enero de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir nuevamente a las empresas información sobre su volumen de negocios total correspondiente al año 2015 y sobre su volumen del mercado.
- 7) 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, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"AUTOTODO, S.L. (AUTOTODO), con domicilio en c/Narváez, números 80, 82 y 84, Madrid, fue constituida el 23 de marzo de 1995. Su objeto social es la representación de firmas relacionadas con la compraventa y reparación de vehículos de motor, nuevos o usados, así como la explotación de la concesión, distribución y comercialización de vehículos de motor, nuevos o usados, nacionales o extranjeros. AUTOTODO dejó de ser concesionario oficial de CHEVROLET el 30 de junio de 2014. Su volumen de negocios en el año 2015 ascendió a 16.917.870,83 (folio 11452).

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

Respecto a la política de precios, se expone en la Resolución recurrida que CHEVROLET ESPAÑA fijaba un precio franco fábrica (PFF) sobre el que los concesionarios adquirían los vehículos con un descuento (margen). Las tarifas emitidas por CHEVROLET ESPAÑA incluían tanto el PFF como un precio de venta al público recomendado (PVP más transporte e impuestos aplicables a cada versión en cada territorio), de forma que cada concesionario podía vender y anunciar los productos al precio que considerase oportuno. En cuanto a los descuentos, CHEVROLET ESPAÑA proponía a su red unos descuentos aplicables a sus vehículos, que podían variar según el tipo de vehículo (versión, año, modelo, etc.), sus condiciones (por ejemplo, tiempo de permanencia en stock), el territorio (ya fuera Península y Baleares o territorios especiales), tipología de clientes (administración, empleados de CHEVROLET ESPAÑA y empresas asociadas, etc.) o volumen de compra. Dicho descuento se componía de una parte que aportaba el concesionario y otra parte que aportaba CHEVROLET ESPAÑA, si bien para tener derecho a la aportación de CHEVROLET ESPAÑA el concesionario debía realizar la totalidad del descuento al cliente, pudiendo a su criterio, realizar un descuento superior. Si el concesionario decidía no realizar descuento alguno o éste era inferior al propuesto por CHEVROLET ESPAÑA, el concesionario no tenía derecho a la aportación de CHEVROLET ESPAÑA. En cada caso era el propio concesionario el que decidía si aplicar o no descuento y la cuantía de este. Así, el precio que publicitaba CHEVROLET ESPAÑA era el precio de venta al público recomendado menos los descuentos propuestos (descontando adicionalmente condiciones especiales, como los planes PIVE). Por su parte, los concesionarios podían publicitar o bien el precio final o bien el descuento que considerasen oportuno. Por tanto, el incentivo ligado a la retribución variable era el elemento competitivo más importante entre los concesionarios. Descuentos, ofertas, regalos, y garantías adicionales eran los conceptos que permitían a los concesionarios diferenciarse entre ellos en el mercado y ofrecer mejores condiciones a sus clientes y, por tanto, competir en el mercado.

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 CHEVROLET vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca, desde enero de 2011 a enero de 2012.



Singular relevancia tiene las consideraciones relativas al mercado geográfico que comprendería, según la resolución sancionadora, la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas. 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.

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 CHEVROLET.

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.

Además, destaca la relevante intervención de la empresa aquí recurrente, CORREDOR GIL MOTOR, a quien atribuye el papel de transmisor entre los concesionarios participantes y ANT, con mención de los hechos y pruebas que lo acreditarían y a las que nos referiremos después al analizar las alegaciones de la entidad.

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 CHEVROLET.

Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante el período comprendido entre enero de 2011 y enero de 2012, 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 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.

Así, en el citado de 18 de abril de 2011 se comunicaba que "Adjunto os remito los siguientes ficheros: -Precios actualizados. -Campañas vigentes desde 11 de abril. -Condiciones establecidas. -Hoja para el cálculo de márgenes", acompañando una tabla que detallaba el "margen mínimo establecido", los "gastos de matriculación", las "operaciones de libre disposición" y las "áreas de actuación", acuerdos que habían de entrar en vigor el 8 de junio de 2011.

Y alude al seguimiento de los acuerdos adoptados entre los concesionarios que había de realizar ANT elaborando, tras las visitas realizadas a estos concesionarios, los correspondientes informes por concesionario en los que se recogían las condiciones económicas conseguidas.

Además, esa relación estaría documentada con las facturas expedidas por ANT a ALCARREÑA, ROAUTO, SELIAUTO, VIÑARCAR, AUTOTODO, ROCEÑA DE TURISMOS, MOTOR ALUCHE, CORREDOR GIL MOTOR y TUVISA, a cuya constancia en el expediente se remite la resolución de manera precisa, con indicación de los folios a los que obran las copias de las facturas expedidas.

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 infracción del artículo 1 de la LDC calificada como 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 ALCARREÑA DE TURISMOS, S.L., AUTOTODO, S.L., MOTOR ALUCHE, S.A., ROAUTO, S.A., SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A. (SELIAUTO), TALLERES PRIZÁN, S.A., CORREDOR GIL MOTOR, S.A., VIÑARCAR, S.A., ROCEÑA DE TURISMOS, S.A. (ROTUSA) y TURISMOS Y VEHÍCULOS INDUSTRIALES, S.A. (TUVISA), con la colaboración de A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, desde, al menos, enero de 2011 hasta, al menos, enero de 2012, y que habrían además restringido la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de la marca CHEVROLET, con el consiguiente perjuicio para el consumidor.

TERCERO. -Disconforme con la resolución impugnada, denuncia la parte recurrente la vulneración del principio de presunción de inocencia en materia de Derecho Administrativo sancionador. Niega haber incurrido en las prácticas prohibidas por las que ha sido sancionada y rechaza expresamente el periodo temporal de participación que se le imputa, manifestando que, en todo caso, solo puede atribuírsele una participación de 2 meses y no de 12 meses como se afirma en el apartado 9 de la página 74 de la resolución.

Expone que la CNMC parte de un fichero electrónico encontrado en los ordenadores de ANT SERVICIALIDAD, S.L., que es un documento publicitario no asociado a la recurrente, así como de unas facturas y de unos estudios de mercado y, a partir de ellos, deduce la preexistencia de unos acuerdos entre los concesionarios cuando los estudios de mercado revelan la total falta de homogeneización de los precios analizados por la consultora.



Explica que los servicios de " el Cliente Indiscreto" tenía por finalidad comprobar sus resultados de calidad de ventas a efectos de recibir el abono previsto en el Anexo 6 del contrato denominado "Elemento de Calidad" consistente en la calidad de atención al cliente; comprobar que se cumplía correctamente con el sistema de campañas y comprobar si algún distribuidor contaba con condiciones especiales, lo que constituiría una deslealtad contractual del proveedor para con los demás miembros de la red.

Respecto del procedimiento de formación de precios de la red CHEVROLET explica que, según el contrato suscrito con CHEVROLET, en materia de márgenes y precio de venta al público, la intervención del proveedor es decisiva porque en el contrato no se instaura el sistema consistente en que el concesionario compra el producto al proveedor a un precio determinado (precio de mayorista), recibe del fabricante a título orientativo un precio de venta al público recomendado y luego el concesionario ya fijará el precio de venta a los clientes según su criterio y ganando con ello un margen. Así, en el Anexo 7 del contrato, titulado precisamente "ANEXO DE MÁRGENES" se consigna que la estructura de márgenes para el Distribuidor de Vehículos Automóviles y Equipo Opcional de Fábrica consta de tres elementos, a saber, el llamado "Elemento Base" (que cambia según el segmento de vehículos, pero su percepción también depende del cumplimiento de otras obligaciones); el llamado "Elemento de Contrato" (que depende del grado de cumplimiento de los estándares cualitativos del contrato, básicamente de sus inversiones), y el denominado "Elemento de Calidad" (cuyo valor se encuentra en función de la calidad de las ventas). Precisa que lo que se denomina "margen" es el sistema de incentivos mediante el que el fabricante remunera a la red mediante pagos o descuentos para futuras compras pero que no dependen de la voluntad del concesionario porque el precio franco fábrica, el precio de venta recomendado, el elemento de calidad, el cumplimiento de inversiones y los estándares cualitativos son criterios que a lo largo del contrato serán establecidos y actualizados directamente por el fabricante sin el concurso del concesionario, y que prueba de todo ello es que la red de concesionarios CHEVROLET (y en general esto mismo sucede en todo el sector de la distribución del automóvil) no tiene lo que se suele entender como un precio de mayorista (a la manera en que probablemente sucede en la generalidad de sectores en que intervienen contratos o acuerdos de distribución de productos) sino que compra a su proveedor los vehículos a precio superior del que conocidamente será el precio de venta al público.

Y por lo que se refiere a los intercambios de información entre competidores, argumenta la parte recurrente que el mercado ni siquiera ha sido analizado, estudiado ni determinado con una mínima exactitud y recuerda que, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia nacional y comunitaria, solo son contrarios a las normas de competencia si cumplen con la condición de "debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento de que se trate". Y añade que, en el caso examinado, no se ha acreditado por la Administración que el intercambio en sí se haya producido y, en cualquier caso, de haber existido, que haya producido la supresión o al menos debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado y que aunque existe un valor que se denomina "PVP recomendado", éste nunca va a ser parecido a un precio final y siempre va a ser muy superior porque, de manera sistemática CHEVROLET establecía precios de campaña notablemente inferiores al "PVP recomendado" y, al tratarse, en general, de campañas de precio máximo, el concesionario estaba obligado a respetarlas por lo que todo vehículo se vendía bajo campaña que actuaba como un reposicionamiento del "PVP recomendado". Por todo lo expuesto, se concluye que la estructura de distribución definida por la CNMC a lo largo de las páginas 38 y 39 es errónea. Añade que tampoco existe, en los términos de la resolución recurrida, "un precio franco fábrica (PFF) sobre el que los concesionarios adquieren los vehículos con un descuento (margen)" ni tampoco se corresponde con la realidad que "en cada caso es el concesionario el que decide si aplicar o no descuento y la cuantía del mismo, siendo estos descuentos (...) conceptos que permiten a los concesionarios diferenciarse entre ellos en el mercado y ofrecer mejores condiciones a los clientes.

Por lo demás, se denuncia que en la resolución se está calificando como miembros de un cártel a determinadas empresas que, aun siendo formalmente cierto que actúan en un plano horizontal, sin embargo, todas ellas tienen un proveedor único que desarrolla y dirige la política comercial de toda la red oficial de la marca única que establece sus propias reglas. Explica que el grado de imposición de criterios y obligaciones en todos los ámbitos de la empresa concesionaria queda patente en el contrato de distribución. Añade que todas las empresas están sometidas, dentro de su labor comercializadora, a las obligaciones contenidas en un contrato idéntico que las vincula con el proveedor, el cual de facto dirige de forma determinante sus decisiones de venta y que cuando un concesionario recibe un vehículo del proveedor carece de libertad y datos para decidir su precio de venta al público.

Se opone en la demanda la vulneración del principio de tipicidad por inexistencia de hechos que puedan ser calificados como infracciones del art. 1 de la LDC. Sostiene la recurrente que no puede hablarse de la existencia de un cártel porque para ello tendrían que estar concesionarios de distintas marcas, ni tampoco de un intercambio de información comercialmente sensible entre los miembros de una red oficial como la red

CHEVROLET sujetos a unas condiciones comerciales y a una rigurosa disciplina predeterminada por la parte concedente, no incluida en las investigaciones

Y, para terminar, se denuncia que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho por falta de empleo de las circunstancias a tener en cuenta para el establecimiento de las sanciones según el art. 64.1 de la LDC, por incumplimiento de los criterios sobre graduación de sanciones y de proporcionalidad de la sanción exigidos por el Tribunal Supremo y por falta de exhaustividad y motivación, haciendo suyo el voto particular discrepante emitido por el Consejero don Sixto .

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución impugnada.

CUARTO. - Expuestos los términos del debate, procede analizar ya el primero de los motivos en los que la actora funda su impugnación, y en el que se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, dada la insuficiencia de las pruebas de cargo y la debilidad de las presunciones de que se vale la Comisión.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de AUTOTODO.

Pues bien, 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.

Así las cosas, como ya hemos consignado, la resolución recurrida otorga una especial relevancia a la intervención de la empresa ANT SERVICIALIDAD en los hechos sancionados, 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 finalmente sancionados.

En realidad, la finalidad perseguida con la contratación de ANT era la monitorización o seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, y, como manifestaba esta empresa en sus presentaciones, "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido. Ello a través del servicio prestado a los concesionarios que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios", consistentes en el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos que incumplían los acuerdos, informando de los incumplimientos 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 electrónico denominado "Presentación política comercial", recabado en la inspección de ANT, folios 646 a 660, en el que se describe lo que denomina "SITUACIÓN ACTUAL", que caracteriza por "ESCASA RENTABILIDAD POR OPERACIÓN GUERRA DE PRECIOS POCAS VENTAS", para, a continuación, referirse al "PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN", en estos términos:

" EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO".

Se refiere el estudio propuesto a la metodología a seguir, con visitas a los concesionarios de los evaluadores o "clientes indiscretos" para ponderar a continuación los beneficios adicionales del estudio y las mejoras que había de comportar, insistiendo especialmente en la confidencialidad al señalar, literalmente, que "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".

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

"(...) Una vez acabado el estudio mensual, presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza."

"Para tener en cuenta:

(...)

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

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

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

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

Alusiones tan explícitas a la "peligrosidad de este tipo de trabajo" y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - "hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas"-, evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT.

Como ya hemos consignado, la resolución recurrida atribuye a CORREDOR GIL MOTOR el papel de transmisor entre los concesionarios participantes y ANT y a estos efectos es importante poner de manifiesto que AUTOTODO SL. no ha negado su representación por Corredor Gil Motor en los contactos mantenidos con el cliente indiscreto (ANT).

Así, resulta relevante el correo remitido por Jose Augusto , de Grupo Gil Motor, a DIRECCION000 , con fecha de 13 de enero de 2011, por el que solicitaba a ANT presupuesto para la elaboración de los denominados "estudios de mercado", adjuntando un cuadro que incluía a Altusa, Aluche, Autodo, Cosdiler, Gil Motor, Hoyos, Ibericar, Seliauto, Prizan, Roauto Tuvisa y Viñarcar (folio 482 Expte). No obstante, y, en relación con los concesionarios integrantes del cártel, debemos precisar que posteriormente se puntualizó por Gil Motor que los concesionarios Hoyos Motor e Ibericar Technik S.A.U. "No entran" y que no estaban en el pacto (folios 39 y 41 del Expte), pese a lo cual, mediante correo de 21 de marzo de 2011, se ordenó a ANT el análisis de ambos (folios 583 y 5984), manifestándose en otro de 19 de abril de 2011 que "en cuanto a Ibericar y Hoyos Motor, de momento, no hacemos más" (folio 580 Expte).

En respuesta a esta solicitud, DIRECCION000 , remitió el 7 de febrero de 2011 a Jose Augusto (Grupo Gil), mediante correo electrónico, presupuesto mensual para la red, que quedaba fijado en 1.755 € IVA no incluido, a razón de 135 * 13 (folio 584 expediente administrativo), explicando que ese precio era por estudio, realizando vista doble en cada concesión.

Consta también en las actuaciones (folios 468 a 471) el expreso reconocimiento de la recurrente de haber contratado los servicios de ANT en relación con la marca "CHEVROLET" en el año 2011 así como la existencia de facturas emitidas por dicha empresa a AUTOTODO SL en los meses de marzo, mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, por importe de 135 euros cada una, que es precisamente el precio consignado en el presupuesto que ANT remitió a Gil Motor por correo electrónico de 7 de febrero de 2011(folio 584 Expte). Por lo demás, en el expediente administrativo encontramos las facturas expedidas a nombre de la recurrente, fechadas en diciembre de 2011 y enero de 2012, correspondientes a los servicios prestados por el Cliente Indiscreto en noviembre y diciembre de 2011 (folios 204 y 205). En todas las facturas emitidas por ANT a los comisionarios sancionados se consigna como concepto "estudios de mercado".

Aparece también en el expediente el correo electrónico remitido por [mailto: DIRECCION001] el 18 de abril de 2011 a DIRECCION000 , comunicándole precios actualizados, campañas vigentes desde el 11 de abril,



condiciones establecidas y hoja para el cálculo de márgenes (folio 575). En los archivos adjuntos 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 en junio de 2011.

Constan documentadas las condiciones alcanzadas por los concesionarios en febrero, abril, junio y diciembre de 2011 (folios 37, 14 y 15 y 590 y archivos adjuntos a ellos) y reflejadas en los correspondientes cuadros que Gil Motor remitía al Cliente Indiscreto y los informes realizados por éste tras efectuar las correspondientes visitas a los concesionarios (folios 309 a 390 Expte).

Y por lo que se refiere a AUTOTODO SL., obra en el expediente administrativo un correo electrónico remitido por Jose Augusto < DIRECCION001 .es en el que se insta al Cliente Indiscreto a realizar en noviembre de 2011 cuatro visitas y entre ellas a AUTOTODO SL por creer no está llevando a cabo del todo el acuerdo adoptado (folio 612).

Ha quedado acreditado en autos que 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. Y relata la CNMC que "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 de cada zona recibían la tabla de resultados, lo que les permitía conocer las condiciones comerciales ofrecidas por el resto de los concesionarios de su zona, así como aquéllos que hubieran incumplido el acuerdo", en este sentido, consta el correo electrónico de 13 de diciembre de 2011, remitido por el cliente indiscreto 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 **NO** V 11", recabado en la inspección de ANT (folios 623 a 625).

Por lo demás, mediante un correo de Darío DIRECCION002 , enviado el 4 de enero de 2012 a Eusebio (Gil Motor) se pone de manifiesto la convocatoria para una reunión de gerentes de la red el 10 de enero de 2012(folio 626).

Especial transcendencia tiene, a efectos probatorios, la participación, necesariamente consciente de las sancionadas en los acuerdos colusorios mediante el abono de las facturas expedidas por ANT SERVICIALIDAD por una concreta actividad que sí está acreditada de manera suficiente, dirigida a la facilitación del cártel constituido por quienes pagaban sus servicios, sin que, por otra parte, los argumentos desplegados por la ahora recurrente para tratar de atribuir un efecto distinto a dichas facturas tengan la necesaria credibilidad.

Por otra parte, y conforme a lo que venimos razonando, es ineficaz el argumento de que las referidas facturas "... no son en absoluto suficientes para destruir la presunción de inocencia que debe presidir necesariamente la acción sancionadora de la Administración", cuando no existen razonamientos adicionales sólidos que pudieran sustentar su exculpación y desvirtuar la finalidad evidente de la contratación de ANT y la causa verdadera de las facturas pagadas a dicha empresa. En efecto, no hay explicación alternativa plausible que pudiera justificar que las facturas respondieran a conceptos distintos de los considerados en la resolución recurrida, siendo relevante que la recurrente no haya aportado tales estudios para poder comprobar su verdadero contenido, manifestando expresamente que fueron borrados o destruidos al cabo de un tiempo. (folio 471 Expte).

Pues bien, las pruebas acopiadas en torno a la participación de AUTODO en el cártel, 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.

QUINTO. - De nuncia la actora la vulneración del principio de tipicidad ante la inexistencia de hechos que pudieran ser calificados como infracciones del artículo 1 de la LDC, e invoca en este sentido lo dispuesto en el artículo 129.1 de la LRJPAC. Sostiene que los documentos que obran en el expediente "... dan lugar a una descripción o relato de hechos que no coincide con el que se desprende de la resolución recurrida, y que además en su conjunto no puede considerarse el presupuesto fáctico de las infracciones y prohibiciones contempladas en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia", razonando que "Ni puede hablarse de la existencia de un cártel (para que haya un cártel al menos tendrían que estar concesionarios de distintas marcas; pues los de una sola, si hacen acuerdos de precios, enviarían a los consumidores a comprar a la competencia) ni intercambio de información comercialmente sensible entre los miembros de una red oficial sujetos a unas condiciones comerciales y a una rigurosa disciplina predeterminada por la parte concedente, no incluida en las investigaciones".



Por lo que se refiere a la inexistencia del cártel al resultar imprescindible, también a juicio de la actora, el concierto entre concesionarios de diferentes marcas, no podemos compartir esta conclusión. En efecto, la definición del mercado que hace la CNMC obedece a un criterio objetivo y se identifica con la distribución de vehículos de motor de la marca CHEVROLET. El que propone la recurrente en su demanda, un mercado único que abarcaría todos los concesionarios de las distintas marcas, responde a un criterio distinto pero que no implica la invalidez del utilizado por la Comisión.

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

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

Sobre esta cuestión ha de decirse, en primer lugar, que es doctrina reiterada del TJUE la de 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 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.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1 (EDL 1978/3879), la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

Pero es que consideramos también que, aunque las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, las pruebas obrantes en el expediente administrativo evidencian, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios CHEVROLET, habiendo conseguido disminuir la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían



presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de la marca. Consecuencia a la que sin duda habría contribuido la conducta, también imputada y acreditada en los términos que hemos analizado, consistente en el intercambio de información comercial sensible.

Por lo demás, la invocación que hace la entidad demandante al carácter vertical de los acuerdos, o a la nula capacidad del concesionario para pactar con sus competidores precios o condiciones comerciales por venir impuestos por las marcas, como elementos determinantes de su falta de responsabilidad, no puede ser acogida.

Como hemos visto al referirnos a la configuración del precio en el mercado de distribución minorista de automóviles nuevos que refleja la CNMC en su resolución, es indudable que el concesionario tiene un margen de actuación en cuanto a los descuentos a ofertar, y es precisamente en la disminución de la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a las ofertas que podían formular sus competidoras respecto de determinados modelos de vehículos de la marca donde se ha manifestado la conducta infractora al detectarse una homogeneidad de los descuentos.

El informe pericial de MSI, Sistemas de Inteligencia de Mercado, que aporta la parte recurrente con su demanda, como documento nº 1, no desvirtúa esta conclusión.

A estos efectos es importante señalar que la política de precios que se recoge en la Resolución recurrida es precisamente la que detalla Chevrolet en el informe remitido a la CNMC y que obra en el expediente administrativo.

Por otra parte, una cosa es que la marca comunique al concesionario el precio de venta recomendado y otra que, también la marca fije el precio de venta al público en virtud de los contratos suscritos con los concesionarios.

En definitiva, la marca vende el vehículo al concesionario y éste lo revende a los clientes manteniendo el beneficio derivado del margen comercial de la venta y de la consecución de los objetivos que retribuye la marca. Así, aun cuando los concesionarios tengan poca libertad para fijar el precio final de venta al público y de que tengan que atender a las instrucciones de su proveedor, ello no excluye la posibilidad de pactar dentro del margen del que disponen, en el presente caso, el nivel máximo de descuento sobre el precio de venta recomendado por la marca.

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.

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

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

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

Y alude al sofisticado sistema utilizado para la comisión de la infracción al valerse de una empresa (ANT) que fue contratada para que evaluara el cumplimiento de los acuerdos, además de establecer un mecanismo de sanción para los incumplidores. Todo ello le permite afirmar, a la vista de estos factores, y teniendo presente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que la respuesta sancionadora debe situarse "... en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa".

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

Refleja en los cuadros correspondientes el valor total de dicho mercado durante la conducta que se imputa a cada una de las empresas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de sus ventas durante los meses por los que se ha prolongado aquella conducta, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales, con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido (en el caso de AUTOTODO la cuota de participación en la conducta es de un 12.8%).

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 (10.192.920 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (1,90%, para AUTOTODO) y la multa (321.440 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios (2.559.855).

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

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

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 1.90%.



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

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

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

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

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

SEPTIMO. - Pr ocede, 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^a Isabel Campillo García, en nombre y representación de **AUTOTODO**, contra la resolución dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28-4-2016, en el expediente n° S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 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, debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso 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.