



Roj: **SAN 1710/2020 - ECLI: ES:AN:2020:1710**

Id Cendoj: **28079230062020100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/07/2020**

Nº de Recurso: **301/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000301 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03429/2016

Demandante: MOTOR ALUCHE, S.A.

Procurador: DÑA. ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

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. 301/2016 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo García que actúa en nombre y en representación de la mercantil " **MOTOR ALUCHE, S.A.**", contra la resolución de 28 de abril de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador S/DC/0505/14, CONCESIONARIOS CHEVROLET, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 147.618 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



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

"dicte sentencia mediante 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 esta, 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".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 10 de junio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la mercantil "MOTOR ALUCHE, S.A." impugna la resolución de fecha 28 de abril de 2016 dictada por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET cuya parte dispositiva acuerda:

"PRIMERO . Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entra dentro de la definición de cártel.

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

(...)

5. MOTOR ALUCHE, S.A., 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:

(...)

4. MOTOR ALUCHE, S.A.: 147.618 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".

La resolución sancionadora impugnada ha entendido que *"los concesionarios independientes de la marca CHEVROLET integrantes de la denominada "Red CHEVROLET Madrid", competidores entre ellos, han estado adoptando acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y han estado intercambiando información estratégica de manera periódica al menos desde enero de 2011 hasta, al menos, enero de 2012, restringiendo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de la marca CHEVROLET con el consiguiente perjuicio para el consumidor".*

Además, la CNMC ha destacado que: *"Los concesionarios independientes de la marca CHEVROLET incoados en este expediente sancionador no solo adoptaron los citados acuerdos anticompetitivos, sino que los llevaron a cabo, realizándose un seguimiento de su cumplimiento, contratando para ello los servicios de la empresa ANT".*

Y todo ello, según la CNMC, *"favoreció las estrategias de acomodación, reduciendo la rivalidad entre competidoras, en tanto que todas las empresas participantes conocían al detalle las variables relevantes para la definición de estrategia de sus rivales y ello desincentivaba la competencia y permitía una manipulación de los precios, por lo que las conductas analizadas han provocado una disminución de la competencia en el mercado durante la vigencia de este cártel, cuyos efectos se trasladaron al consumidor final".*

En consecuencia, la CNMC ha entendido que las conductas que han sido sancionadas encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y constituyen *"una restricción*

por objeto, que han tenido aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia por parte de los concesionarios independientes de la marca CHEVROLET".

Asimismo, según la valoración realizada por la CNMC, esas conductas implican la existencia de un cártel porque *"el entramado organizativo diseñado por las partes presenta muchas de las características propias de los cárteles, tales como la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la utilización de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos, y la detección de incumplimiento para poder llevar a cabo represalias contra las empresas incumplidoras"*. Conductas que la CNMC ha calificado como una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia contrarias al derecho de la competencia de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

La CNMC ha justificado dicha conclusión destacando que: *"Los acuerdos para fijar las condiciones comerciales, en este caso, los descuentos máximos a aplicar y otros incentivos de captación de clientes por los concesionarios, resultan evidentes de la información que obra en el expediente, siendo particularmente valiosas las evidencias recabadas en la empresa ANT. Los concesionarios acordaban las políticas de venta y descuentos que debían aplicar en un determinado ámbito temporal y el representante del cártel remitía posteriormente a ANT las condiciones pactadas para llevar a cabo su actividad de control de estas, tal como queda acreditado en los acuerdos sobre descuentos y políticas comerciales para febrero, abril, junio y diciembre y su remisión a ANT. Así, el servicio contratado por los concesionarios incoados y prestado por la empresa ANT consistía en evaluar el nivel de cumplimiento de los acuerdos"*.

En el caso de la entidad aquí recurrente, MOTOR ALUCHE, S.A., la resolución impugnada concreta que: *"...su objeto social la fabricación, montaje, venta, comercialización, distribución y reparación de toda clase de automóviles, sus piezas, accesorios y recambios. MOTOR ALUCHE dejó de ser concesionario oficial de CHEVROLET el 30 de junio de 2014"*.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente "MOTOR ALUCHE, S.A." se solicita la nulidad de la sanción impuesta y, subsidiariamente, que se reduzca su importe y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Niega la existencia de conductas anticompetitivas. En este sentido afirma que es equivocada la descripción que realiza la CNMC en la resolución sancionadora respecto de los mercados afectados y sobre la formación de precios según los contratos de distribución de la red oficial de la marca CHEVROLET. En relación con esta consideración la recurrente expone que:

la CNMC ha considerado que los hechos se producen en un mercado que, en realidad, no puede considerarse que exista como tal, como es el mercado de la distribución de los vehículos de la marca CHEVROLET excluyendo las demás marcas que integran el amplio sector de la automoción.

No se han analizado los contratos de distribución de los concesionarios y del proceso de formación de precios en la red oficial. Y de ello la recurrente concluye que no entiende que pueda acusarse a la recurrente de participar en un cártel de fijación de precios, o de intercambio de información, sin saber si realmente tiene y en qué grado, libertad práctica y contractual para fijarlo cuando es el proveedor de la marca quien determina las condiciones comerciales de toda la cadena hasta el cliente final.

El precio de venta de los vehículos a motor por parte del concesionario está fijado estrictamente por la parte proveedora del vehículo por lo que no puede pactar ni con la concedente ni con el resto de los miembros de la red de la misma marca. Insiste en la idea de que el concesionario, aunque formalmente compre para revender y, por lo tanto, asuma riesgos y responsabilidad de la venta, está actuando de forma equivalente a un agente de ventas que sigue instrucciones de su principal.

2. Niega la participación de MOTOR ALUCHE, S.A. en los hechos que se le han imputado en la resolución sancionadora ahora impugnada. Sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no son prueba de cargo de entidad suficiente las facturas de los servicios contratados a la entidad ANT SERVICIALIDAD, S.L. Añade que, además, no existe ningún pacto de fijación de precios del que la recurrente haya formado parte, ni la información a la que ha tenido acceso puede considerarse información sensible desde la perspectiva del derecho de la competencia.

3. Impugna el método de establecimiento de la sanción económica por cuanto no se ha ajustado a los criterios recogidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015. Entre los criterios que debían tenerse en cuenta y que entiende no se han seguido son (1) la determinación del mercado afectado y del mercado relevante y (2) la determinación del cálculo orientado a la determinación del posible beneficio ilícito.



4. Se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la multa.

TERCERO.- Una vez centrado el objeto de debate debemos iniciar el análisis por la discrepancia expuesta por la recurrente cuando refiere que la CNMC ha fijado de forma incorrecta tanto el mercado geográfico como el mercado del producto relevante.

La CNMC en la resolución impugnada ha entendido que se ha cometido una infracción única y de carácter continuado que se corresponde con la actuación conjunta de los concesionarios de una misma zona geográfica determinada atendiendo a razones de proximidad porque el cliente podía acudir a cualquiera de ellos para comparar precios y condiciones comerciales.

Y es precisamente esa distribución en una determinada zona geográfica lo que va a determinar el mercado geográfico afectado por la conducta infractora que no viene determinado por el territorio o por el espacio geográfico en el que la infracción analizada ha producido o es susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. El proveedor no establece a los concesionarios ninguna cláusula que discrimine o que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final. Por tanto, 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. Y eso justifica que las prácticas colusorias se hayan realizado entre concesionarios de zonas geográficas limítrofes que son zonas de influencia con un ámbito territorial que excede el propio de una Comunidad Autónoma. Y es precisamente ese ámbito supraautonómico lo que justifica la competencia de la CNMC para sancionar esas conductas porque había concesionarios con sede en municipios de la Comunidad de Madrid -Madrid, Alcorcón, Leganés, Fuenlabrada y Alcalá de Henares- y otros concesionarios en zonas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, concretamente en Guadalajara.

Ámbito supraautonómico que no ha sido fijado por la CNMC de forma caprichosa o arbitraria para asumir la competencia sancionadora. Por el contrario, la determinación del mercado geográfico afectado se ha fijado atendiendo precisamente al comportamiento de los propios concesionarios. Y ello precisamente porque los concesionarios participantes entendían que en las zonas limítrofes debían concurrir condiciones de competencia homogéneas toda vez que, dada la naturaleza del producto afectado, la elección de uno u otro concesionario por parte de los clientes y consumidores finales del vehículo vendría determinada por la obtención de mejores condiciones comerciales en la venta y para ello acudirían a diversos concesionarios ubicados en zonas de influencia geográficamente limítrofes. De ahí que hayan sido los propios concesionarios quienes han fijado esas zonas de influencia y ese ámbito supraautonómico.

CUARTO.- La CNMC sostiene que se está ante una conducta anticompetitiva denominada cártel que ha supuesto un acuerdo formal entre empresas del mismo sector cuyo fin era reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo así un poder sobre el mercado en el que podían obtenerse los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Según refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile, en su párrafo 26:

"Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C104/85, C114/85, C116/85, C117/85 y C125/85 a C129/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".

Esa misma sentencia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

" (30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. 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.

(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce

realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".

Según la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada y que esta Sección asume íntegramente, las conductas sancionadas se han producido entre los concesionarios de la marca CHEVROLET que se autodenominaban "Red Madrid" o "Red CHEVROLET Madrid" con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento:

1. Los concesionarios integrantes de la "Red Chevrolet Madrid" acordaron condiciones comerciales comunes mediante la determinación de los descuentos máximos a aplicar al precio de venta del vehículo recomendado por la marca; precios comunes de tasación o regalos ofrecidos; y el intercambio de información estratégica y sensible.
2. Los contactos entre los concesionarios se realizaron a través del gerente de la empresa CORREDOR GIL MOTOR que asumió el papel de interlocutor entre los concesionarios y de representante, como así se deduce del contenido del correo electrónico de 13 de enero de 2011 (folios 623 a 625 del expediente).
3. Por otra parte, los concesionarios a través de su interlocutor, como era el gerente de la empresa CORREDOR GIL MOTOR, contrataron los servicios de una empresa externa, ANT SERVICIALIDAD, como así se aprecia en el correo electrónico de 13 de enero de 2011 (folios 623 a 625) en el que consta como se solicita a ANT presupuesto por la elaboración de los estudios de mercado indicándose en dicho correo los nombres de los concesionarios que tenían la intención de conocer el precio fijado por ANT por la emisión de dichos estudios. Y en esa relación de concesionarios se incluye a la mercantil recurrente MOTOR ALUCHE y, además, coinciden con los que integraban la llamada Red Chevrolet Madrid.
4. A la entidad ANT se le encargó el control del cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas concesionarias y que ANT conocía a través de la información que le remitía el gerente de la mercantil CORREDOR GIL MOTOR que asumió el papel de interlocutor entre los concesionarios y con ANT como así se aprecia en el correo electrónico interno de ANT de 15 de abril de 2011 en el que se adjunta un archivo Excel que contiene en una de sus pestañas denominada "Notas Generales", la ficha del cliente CHEVROLET Madrid indicándose "*Contacto:(gerente de CORREDOR GIL MOTOR), Razón Social: Gil Motor*". (folio 541 del expediente administrativo). El citado interlocutor participaba en las reuniones de los concesionarios como se aprecia en el correo interno de ANT de 4 de enero de 2012 - folio 626 del expediente- y, posteriormente entregaba a ANT información sobre el precio de venta previamente pactado así como de las campañas incluidas en los acuerdos y de las que quedaban excluidas de los mismos tal como se aprecia en los correos electrónicos enviados por el gerente de Corredor Gil Motor al Director Comercial de ANT de 21 de marzo de 2011 (folios 583 y 584), 18 de abril de 2011 (folio 575), 19 de abril de 2011 (folio 580), 9 de noviembre de 2011 (folio 612) y 14 de noviembre de 2011 (folios 615 y 616).
5. ANT, que conocía los acuerdos adoptados por los concesionarios, debía tener en cuenta su contenido en la emisión de los estudios de mercado o de los estudios de política comercial a los concesionarios tras las correspondientes visitas a los concesionarios a través de la figura del cliente indiscreto.
6. La actividad principal de ANT consistía en la realización de evaluaciones para marcas de automoción, evaluando la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, bajo la marca "El Cliente Indiscreto" y ello a través de estudios de calidad. El cliente indiscreto visitaba los concesionarios y fingiendo ser un cliente cualquiera, recopilaba toda la información posible sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos. Mensualmente, el cliente indiscreto preparaba un informe para cada concesionario resumiendo los resultados de sus visitas y emitía informes refiriendo la oferta económica recibida por cada concesionario y, además, identificaba aquellas desviaciones en las que cada concesionario había incurrido respecto a las condiciones pactadas.
7. Asimismo, ANT prestaba otros servicios a los concesionarios, que denominaron "Estudios de Mercado" o "Estudios de Política comercial" cuya finalidad, tal como especifica ANT en sus presentaciones, era "*acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos*". Para ello ANT efectuaba un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados remitiendo dichas incidencias a los integrantes del cártel y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. En sus visitas a los concesionarios, ANT recopilaba información sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos por cada concesionario con el fin de comprobar si cumplían el acuerdo. Y para ello los concesionarios de cada zona recibían el documento denominado "Incidencias y Tabla Resumen" en el que figuraban, en cuadros desagregados por columnas, las condiciones ofrecidas por los concesionarios de cada cártel. En dicho documento quedaba reflejado si se había respetado el precio máximo o si se habían ofrecido



descuentos o regalos que respetaban los acuerdos adoptados resaltándose las "incidencias" que eran los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos. Esta forma de actuación de la entidad ANT se aprecia con claridad en el contenido de la carta de presentación entregada a los concesionarios y en este sentido destacamos las siguientes manifestaciones realizadas por ANT que demuestran como los concesionarios quisieron atribuir a ANT una función de control y de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios. Y son, entre otras expresiones, las recogidas en los folios 644 a 660 del expediente administrativo y son:

"Situación actual: guerra de precios, escasa rentabilidad por operación; pocas ventas.

Propósito de esta acción: acabar con la guerra de precios existentes y, homogeneizar descuentos máximos consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido.

Estudio que proponemos: ...nuestros compradores o compradores indiscretos visitaran sus concesionarios ...comprobaremos si todas las concesiones respetan o no la política comercial establecida.

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".

8. Finalmente, figuran en el expediente administrativo las diversas facturas emitidas por ANT a cada concesionario por la emisión de los citados estudios de mercado.

QUINTO.- La recurrente niega la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas por la CNMC. Así, mientras la CNMC considera que los contactos entre los concesionarios tenían por objeto adoptar acuerdos colusorios constitutivos de un cártel, la recurrente justifica esos acuerdos y la presencia de la entidad ANT como un mecanismo cuyo único objetivo era mejorar la competitividad.

Y en esa línea la recurrente refiere que los contactos entre los distintos concesionarios no podían constituir una conducta colusoria calificada como cártel toda vez que no tenían capacidad para ponerse de acuerdo en la determinación de los precios de venta al público de los vehículos de la marca CHEVROLET ni en la determinación de las condiciones comerciales de la venta. Y ello porque, según sostiene, la relación con el distribuidor y proveedor de la marca era una relación vertical de tal manera que los precios de venta al público de los vehículos venían fijados y determinados por el proveedor de la marca por lo que es imposible que los concesionarios tuvieran capacidad para adoptar acuerdos en los que se fijaran precios y condiciones comerciales de venta comunes.

Esta alegación de la recurrente nos lleva a determinar cuál es la naturaleza jurídica de la relación entre el proveedor de la marca y el concesionario. Y es esta una cuestión jurídica que corresponde a esta Sala analizar e interpretar por lo que no admitimos las consideraciones recogidas en el informe aportado por la recurrente junto a su escrito de demanda denominado informe sobre "Análisis de la Competitividad del Mercado Automovilístico Español (Informe pericial sobre el funcionamiento del mercado español de automóviles)" elaborado por la entidad MSI, Sistema de Inteligencia de Mercado que en su página 36 describe el sistema de formación del precio de venta de un vehículo de motor.

Es cierto que la organización de la actividad comercial de venta, así como del servicio postventa de un vehículo nuevo se configura conforme a las directrices del proveedor que concreta y especifica cada uno de los procesos de la concesión. Hasta el punto de que, en la distribución minorista de automóviles nuevos, la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta al público recomendado (PVR). Pero esa circunstancia no implica que el concesionario no pueda finalmente establecer libremente el precio final de venta del vehículo nuevo de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados toda vez que, en la realización de su actividad económica, el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse del negocio. Es decir, el concesionario es quien finalmente fija libremente el precio de venta al público de acuerdo con los criterios de su política comercial, aplicando una serie de variables y de márgenes a los precios de venta recomendados por la marca. El concesionario tiene su incentivo ligado a la retribución variable que va a suponer el elemento competitivo más importante entre los concesionarios. La retribución variable va a depender de los objetivos de ventas relacionados directamente con el volumen de ventas y la satisfacción y fidelidad de los clientes. Por tanto, es en la política comercial de descuentos, ofertas, regalos y de garantías adicionales donde los concesionarios van a poder diferenciarse entre ellos al ofrecer mejores condiciones a sus clientes y, por tanto, competir en el mercado.

Es decir, la marca vende sus productos al concesionario y este los revende a los clientes con el objetivo de rentabilizar su negocio a través del margen comercial de la venta y la consecución de los objetivos remunerados por la marca.



Pero son los concesionarios quienes asumen el riesgo de la actividad de venta de vehículos nuevos y el riesgo comercial de los vehículos en stock y, por tanto, quienes pueden fijar las condiciones de venta de los vehículos.

Por ello concluimos que es el proveedor quien vende sus productos al distribuidor para que éste los revenda a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial. Y es precisamente la existencia de ese margen lo que justifica que los concesionarios tengan interés en adoptar una política comercial común que carecería de sentido si, como mantiene la recurrente, es el proveedor quien fija definitivamente el precio final de venta del vehículo.

SEXTO.- Asimismo, debemos destacar que la actividad que se ha sancionado se prohíbe en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia e implica cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. Y para su existencia no se requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. Y es precisamente la naturaleza del objeto de esta prohibición lo que impide admitir la afirmación de la recurrente cuando considera que no llegó a implementar los acuerdos colusorios imputados.

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 la doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. (EDL 1978/3879) Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

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

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

Pero es que consideramos también que, aunque las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, las pruebas obrantes en el expediente administrativo 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 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 tanto, podemos concluir que la infracción imputada es por el objeto y no por sus efectos de tal manera que, se entiende cometida la infracción cuando empresas que son competidoras entre sí adoptan acuerdos cuyo objeto es fijar precios de venta y condiciones comerciales comunes en la venta de vehículos de motor de la marca CHEVROLET que restringen por sí mismo la competencia. Y es precisamente la consideración de las conductas analizadas como infracción por el objeto lo que nos impide tener en consideración las conclusiones recogidas en el informe pericial aportado por la recurrente junto a su escrito de demanda que analiza como esos hipotéticos acuerdos no han producido efectos ni han influido en la obtención de un mejor resultado en el negocio de la recurrente. Se trata del informe denominado "Evaluación y cálculo objetivo de los márgenes brutos obtenidos por la venta de vehículos nuevos de la marca Chevrolet a través del canal de venta a particulares durante los meses desde enero de 2011 a enero de 2012 por parte del concesionario Motor Aluche, S.A." realizado por D. Eusebio, Economista, en fecha 25 de octubre de 2016.

Por otra parte, dichas conductas colusorias, quedan, además, excluidas del concepto de menor importancia de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de Competencia.

SÉPTIMO.- Esta Sección a la vista de todo lo expuesto concluye que los concesionarios de la marca CHEVROLET han adoptado acuerdos de carácter secreto dirigidos a coordinar tanto los precios de venta al público de los vehículos de dicha marca, como de las condiciones comerciales de la venta para así poder fijar una política comercial común en relación con las condiciones comerciales de la venta de los vehículos de la marca CHEVROLET. Y los acuerdos entre los concesionarios sobre la fijación de uno de los elementos del precio final de venta al público del vehículo, como son los descuentos máximos, la tasación o regalos ofrecidos supone una práctica contraria ya que persigue coordinar una estrategia competitiva en materia de precios con el fin último de preservar su margen comercial y reducir la tensión competitiva. Y ello no tiene por qué implicar una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados a los concesionarios, pero si una coordinación que persigue aproximar la uniformidad del precio final entre los partícipes de este.

En el caso analizado, eran los concesionarios quienes acordaban las políticas de ventas y de descuentos que debían aplicarse en un determinado ámbito temporal y era el representante o interlocutor del cartel quien se encargaba de remitir posteriormente a la entidad ANT las condiciones pactadas para así poder llevar a cabo su actividad de control de las mismas tal como queda acreditado en los acuerdos sobre descuentos y políticas comerciales para febrero (folio 37), abril (folios 575 a 579), junio (folios 586 a 590) y diciembre (folio 623 a 625) y su remisión a ANT para evaluar el nivel de cumplimiento de los acuerdos.

Los concesionarios niegan esa situación y refieren que contrataron con ANT para comprobar sus resultados de calidad de ventas a efectos de recibir el abono previsto en el anexo 7 del contrato denominado "elemento de calidad"; para comprobar que se cumple correctamente con el sistema de campañas; para evitar la venta a pérdidas.

Esas necesidades chocan con la designación de un representante de los concesionarios frente a ANT.

Únicamente puede comprenderse que los concesionarios de una misma marca acuerden unos mismos precios de venta al público de los vehículos de motor, así como unas mismas condiciones comerciales comunes si lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y de eliminar así la incertidumbre y, ello con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia. Por otra parte, tales conductas si tenían aptitud para distorsionar la libre competencia y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podían fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta analizada es perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 por cuanto varias empresas actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo de actuación conjunta participando en la adopción de acuerdos dirigidos a determinar y fijar los precios de venta y condiciones comerciales en el sector de venta de vehículos de motor de la marca CHEVROLET.

No cabe duda de que los acuerdos adoptados sobre fijación de precios y condiciones comerciales, como es el caso, tenían aptitud para restringir la competencia en todo el mercado nacional, reduciendo así la independencia en la toma de decisiones de las empresas al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa como es la fijación y/o negociación de precios y descuentos a sus clientes, realizando además las empresas del cártel un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Acuerdos que podían alterar la competencia pues las empresas reducían así la incertidumbre a la que se enfrentaban conociendo mejor la estrategia comercial de los competidores.

Esta Sección declara que la conducta examinada se ha calificado correctamente como de cártel por la CNMC.

OCTAVO.- Corresponde ahora analizar si existe o no prueba de la participación de la recurrente en el cártel que ha sido sancionado por la CNMC.

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.

La CNMC, en relación con la recurrente, MOTOR ALUCHE, S.A., le ha imputado responsabilidad por su participación en el cártel de concesionarios de la marca CHEVROLET desde el mes de enero de 2011 hasta el mes de enero de 2012. La recurrente no admite su participación durante ese periodo, y entiende que, en su caso, sería desde el mes de marzo de 2011 al mes de diciembre de 2011, periodo que coincide con la emisión de los estudios de mercado por parte de ANT.

Pues bien, esta Sección considera que figuran en el expediente administrativo múltiples pruebas que permiten concluir que la recurrente si conocía la existencia de los acuerdos comunes adoptados por los concesionarios. E incluso consta su participación y conocimiento del sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos implantados a través de la entidad ANT y ello porque recibía de ANT las Tablas Resúmenes que recogían las condiciones de venta ofrecidas por cada concesionario que se detectaban tras las visitas efectuadas por el cliente indiscreto y, además, porque abonaba a ANT facturas que expedía con cierta regularidad por la emisión de los "Estudios de mercado" que, en realidad, implicaban el pago de los servicios de ANT por la realización de las visitas al concesionario a través del cliente indiscreto.

Es destacable la importancia que en el cártel examinado ha tenido la intervención de ANT SERVICIALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución al comienzo del relato de hechos probados, donde describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos 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.



A tener en cuenta:

(...)

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

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

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

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

Como relata la resolución y consta acreditado documentalmente -se remite al 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)- 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".

Alusiones tan explícitas a la "peligrosidad de este tipo de trabajo" y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - "hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas"-, evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT y la participación, necesariamente consciente, en los acuerdos colusorios de quienes pagaban sus servicios, atribuyendo así al abono de las facturas una energía probatoria indudable.

Especialmente si se advierte, además, que los argumentos desplegados por las empresas incoadas para tratar de atribuir un efecto distinto a dichas facturas tienen muy dudosa eficacia.

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

Por lo tanto, la constancia en el expediente de facturas emitidas por ANT-cliente indiscreto pagadas por la empresa ahora recurrente constituye un indicio relevante para acreditar su responsabilidad en el cártel. Esto es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos, pues obran en el expediente facturas giradas por "El cliente indiscreto" a MOTOR ALUCHE por los servicios realizados en los meses de noviembre y diciembre de 2011 (folios 213 y 214 del expediente).

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

Pero es que, además, existen pruebas adicionales que acreditan su participación por cuanto ponen de manifiesto su relación con ANT y con el mecanismo de seguimiento implementado a través de esta.

Así, y como hemos destacado antes, consta que los resultados de las evaluaciones realizadas tras las visitas efectuadas en noviembre de 2011 se remitieron, a través del correspondiente informe elaborado por ANT,



a los gerentes de las empresas incoadas, entre ellas al de MOTOR ALUCHE -correo electrónico de fecha 13 de diciembre de 2011, folios 623 a 625, informe que incluía una tabla resumen con los resultados de las evaluaciones llevadas a cabo en los respectivos concesionarios en noviembre de 2011.

Por lo demás, 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 MOTOR ALUCHE, 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 advierte 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 más asumible. Os he aplicado un descuento máximo, 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.

Por lo demás, 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 MOTOR ALUCHE pagaron las facturas emitidas por ANT en retribución a sus servicios.

Y es precisamente el abono de dichas facturas a ANT prueba suficiente para su imputación. Por otra parte, no es creíble o, al menos, la recurrente no ha justificado que los pagos realizados a la entidad ANT de forma mensual puedan corresponderse con la realización real de estudios de mercado. Primero porque la recurrente no ha aportado ninguno de estos estudios de mercado y segundo porque no es comprensible la necesidad económica y comercial de la recurrente que le lleve a solicitar, en su caso, estudios de mercado con la regularidad que reflejan las facturas expedidas por ANT. Además, de ser cierta la realización de esos estudios de mercado no se comprende la mención por parte de ANT de su peligrosidad y de la necesidad de confidencialidad.

Finalmente, no es admisible la alegación de la recurrente cuando sostiene que, en su caso, el periodo de imputación debería realizarse atendiendo únicamente al tiempo durante el cual se emitieron por parte de ANT los estudios de mercado y que, en su caso, se produjo desde marzo a diciembre de 2011.

Tal como hemos reflejado anteriormente, la concertación entre los concesionarios no puede limitarse a su relación con ANT, sino que deben incluirse también los contactos previos entre los concesionarios. En este sentido consta el correo electrónico que en fecha 13 de enero de 2011 (folio 482 del expediente), el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR envía 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 la existencia de dicha relación se advierte 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.

En consecuencia, queda acreditado que, al menos, los contactos entre los concesionarios se iniciaron en enero de 2011 cuando a través del representante como era el gerente de la empresa Corredor Gil Motor -representación que la recurrente no niega ni discute- solicitan a ANT presupuesto para la realización de los estudios de mercado que, como ya hemos indicado anteriormente, pretendían implantar un sistema de control y de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios.

Asimismo, es también correcto el periodo imputado a la recurrente hasta el mes de enero de 2012 ya que consta en el expediente administrativo un correo electrónico de 4 de enero de 2012 enviado por el gerente de la mercantil Corredor Gil Motor al Director Comercial de ANT indicándole que los gerentes de los concesionarios iban a reunirse en fecha 10 de enero de 2012 (folio 626 del expediente).

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de MOTOR ALUCHE en el cártel y que evidencian su colaboración en el mecanismo de seguimiento y control mediante "El cliente indiscreto" permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la recurrente en la infracción que se le imputa, tanto en lo relativo a la conclusión de acuerdos colusorios, como en lo que respecta al intercambio de información, y todo ello por el período que le atribuye la CNMC en la resolución recurrida.

Y ello porque todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

NOVENO.- Finalmente, la recurrente cuestiona la motivación y la proporcionalidad en la determinación del importe de la multa, así como el método de cuantificación de esta. Y solicita la nulidad de la multa o subsidiariamente la reducción de su importe pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CNMC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de acuerdo con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013).

Esta Sección anticipa que rechaza la tesis de la recurrente y concluimos que la CNMC ha recogido en la resolución sancionadora las razones que los han llevado a la determinación del importe de la multa aplicando los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia teniendo en cuenta la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 por el Tribunal Supremo. Doctrina jurisprudencial que se ha reiterado en otras posteriores y que determinaron que el método para la cuantificación de las sanciones es el fijado en el artículo 63 de la LDC que es el precepto que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones y no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Además, el Tribunal Supremo en la citada sentencia añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

Pues bien, en la resolución impugnada si se recogen los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia que llevan a la CNMC a obtener un tipo sancionador que aplica sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de la imposición de la sanción, en este caso año 2015, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC -con el límite citado del 10%- Tipo sancionador que se ha individualizado respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC, así como, en su caso, la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes todo lo cual lleva a la CNMC a concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la empresa.

En este sentido, figura en la resolución impugnada que la CNMC ha analizado cada una de las circunstancias recogidas en el artículo 64.1 citado destacando los siguientes criterios:

- a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a). Consta en la resolución sancionadora que la CNMC ha concretado tanto el mercado geográfico como el mercado de producto afectado por las conductas colusorias que, como ya hemos expuesto en esta sentencia, no existen razones para declarar incorrecta ni arbitraria la determinación del mercado afectado por parte de la CNMC.
- b) El alcance de la infracción (art.64.1.c). La CNMC señala en la resolución impugnada en cuanto el ámbito geográfico afectado afirma: *"El limitado alcance territorial de la infracción (en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviera lugar con una implantación en todo el territorio nacional) debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la multa dentro del arco sancionador"*.
- c) La duración de la infracción (art. 64.1.d). La CNMC indica que la duración servirá como parámetro de individualización pero que no obstante ese factor se utilizará como guía para la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas pues la duración general de la conducta revela, asimismo, en cierta medida su alcance y efectos.

Asimismo, la CNMC ha destacado un hecho que ha tenido también en cuenta para graduar la sanción, como es que *"las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de un sistema sofisticado en el que se contrató a una empresa (ANT) para que evaluara el nivel de cumplimiento de los acuerdos, y se establecieron mecanismos de sanción para aquellas empresas que se desviasen de los mismos"*.



Y una vez que se han especificado en la resolución sancionadora los criterios del artículo 64.1 citado, que han servido para valorar la infracción en general, la CNMC individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y precisamente porque los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1.

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente MOTOR ALUCHE el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 1.200.379 euros y la correspondiente cuota de participación en la infracción en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado se fijó en el 6%.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina que el reproche sancionador debe situarse en el tramo medio-bajo de la escala.

Finalmente, para determinar el importe de la sanción, la CNMC aplica al volumen de negocios total de la empresa en el año 2015 el tipo sancionador con el límite del 10% del artículo 63 de la LDC que, en el caso de la recurrente, ha sido del 1,3%. Y ello le ha supuesto una sanción de multa por importe de 147.618 euros.

Por tanto, esta Sala no comparte con la recurrente 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 y 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.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el 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)."

Por tanto, 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.

Finalmente, en el caso de MOTOR ALUCHE, S.A. la utilización de un tipo sancionador del 1,30%, situado prácticamente en el punto mínimo del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, no podemos calificar como de desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. E incluso la CNMC sostiene que el tipo sancionador es inferior al



que hubiera sido acorde con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción pero que se ha ajustado a la baja para *"garantizar que las sanciones impuestas son proporcionadas también en el caso de las empresas con un carácter más multiproducto"*. Y añade la resolución sancionadora que *"a la hora de reducir el tipo sancionador de las empresas con un carácter mas multiproducto, para asegurar la proporcionalidad entre la sanción y la dimensión efectiva de la inflación, se ha tenido en cuenta que en este sector los operadores actúan con márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales"*.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

DÉCIMO.- Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo procede imponer a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido 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

1. DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº 301/2016 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo García que actúa en nombre y en representación de la mercantil " **MOTOR ALUCHE, S.A.**", contra la resolución de 28 de abril de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador S/DC/0505/14, CONCESIONARIOS CHEVROLET, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 147.618 euros.

2. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución al entender que es ajustada a Derecho.

3. Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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.