



Roj: **SAN 2443/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2443**

Id Cendoj: **28079230062020100211**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/07/2020**

Nº de Recurso: **480/2016**

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: 0000480 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05701/2016

Demandante: A6 IBERAUTO SL.

Procurador: DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. Berta Santillan Pedrosa

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 480/16 promovido por la Procuradora Doña Sharon Rodríguez, en nombre y representación de **A6 IBERAUTO SL.** contra la resolución de 28 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 851.522 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

(i) Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 28 julio 2016 (Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios Nissan).

(ii) Subsidiariamente, anule el pronunciamiento Segundo en la medida en que en el mismo se establece la responsabilidad de Iberauto en el supuesto cártel sancionado en dicha Resolución;"... se declare no ser ajustada a derecho la resolución que se recurre, declarándola nula y dejándola sin efecto; y, subsidiariamente, se anule parcialmente dicha resolución y se reduzca el importe de la sanción sustancialmente acorde a lo manifestado en el cuerpo de la presente, con el pronunciamiento en costas que en derecho proceda a tenor del art 139 de la LJCA ".

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

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

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 28 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan de 5 de marzo de 2015, mediante la cual se impuso a IBERAUTO SL una sanción de multa por importe de 123.883 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

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

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

[...]

4. A6 IBERAUTO, S.L., (...), por su participación en el cartel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

T

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

1. A6 IBERAUTO, S.L., y (...): 851.522 euros.

[...]

SEXTO. - Instar a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Viceconsejería de Economía e Innovación de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) En el marco de una información reservada relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor en España, los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI llevó a cabo inspecciones en la sede de la empresa ANT SERVICIALIDAD S.L. y en la sede del concesionario M. CONDE S.A.

2) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de estas actuaciones, la DI acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0485/13, Concesionarios Nissan, contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SA TOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes

en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca Nissan.

3). Con fecha de 23 de abril de 2014 la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, habiendo constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente S/0485/13, al objeto de que pudiera ser remitido al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, acordando mediante Resolución de 22 de mayo de 2014 el archivo del expediente S/0485/13 y la remisión de todo lo actuado al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

4) Tras los trámites que constan en el expediente administrativo, el 19 de enero de 2015, se acordó de oficio por la Viceconsejería la incoación del expediente sancionador SA09/2014 Concesionarios NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P, NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.

5) Tras la realización de los trámites que también constan en el expediente administrativo, el 27 de marzo de 2015, fue formulado y notificado a las partes el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH) del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 16 de junio de 2015, el día 19 de noviembre siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, se dictó la propuesta de resolución el 18 de junio siguiente.

7) Presentadas alegaciones, el 18 de septiembre de 2015, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

8) Con fecha 12 de enero de 2016, la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2015, así como, a aquellas empresas incoadas que no lo hubieran aportado con anterioridad, el volumen de negocios en la Comunidad de Madrid, correspondiente al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca NISSAN, de los ejercicios afectados por la infracción.

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

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a A6 IBERAUTO SL, en los siguientes términos: *"Con domicilio social en Madrid, su objeto social es, entre otras actividades, la compra, distribución, reparación, arrendamiento y cesión de vehículos automóviles y de sus accesorios y repuestos.*

Está controlada al 100% por MACONDE INMOBILIARIA, S.L. y ésta, a su vez, por M. CONDE, S.A. (CONDE). A6 IBERAUTO desarrolla su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud de contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A."

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.

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

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 distribución de vehículos a motor nuevos y accesorios de la marca NISSAN, a través de concesionarios independientes del fabricante, vendidos a particulares residentes en la Comunidad de Madrid.

Particular relevancia atribuye a 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.

Se hace constar en la resolución recurrida que las entidades participantes en el cártel delimitaron el ámbito territorial de los acuerdos adoptados a la Comunidad de Madrid, llegando a indicar expresamente que las condiciones pactadas en el cártel no se aplicarían a clientes de otras provincias diferentes a Madrid.

Por último, analiza la estructura del mercado que caracteriza, por el lado de la oferta, señalando que existen cinco concesionarios NISSAN en la Comunidad de Madrid, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR, GAMBOA, A6 IBERAUTO, AUTOMOCIÓN DÍAZ, todos ellos independientes de la marca. A ello hay que añadir el caso de SANTOGAL, en el período temporal relevante a los efectos de este expediente. Las relaciones entre NISSAN y estos concesionarios son las previstas en el contrato de concesión de vehículos NISSAN. A continuación, en lo que se refiere a la demanda, recoge que el mercado de turismos creció en España un 20,9% en 2015 y que en este mercado se pueden distinguir tres importantes canales: flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor y que, según nota de prensa publicada por Faconauto en enero de 2016, todos ellos mostraron un resultado positivo en el año, habiendo ascendido el número de vehículos matriculados de la marca NISSAN en el período comprendido entre enero a julio de 2014 se situó en 22.772, y en ese mismo período en 2015, a 34.321.

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 AN y en la empresa M. CONDE T, así como las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados.

Concluye que 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 NISSAN, al menos desde 2009 hasta 2013.

Especial relevancia atribuye la CNMC a la intervención de ANT SERVICIALIDAD y HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P (HORWATH), empresas externas contratadas por los propios concesionarios, cuyo cometido era llevar a cabo el cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas participantes en el cártel.

En el caso de HORWATH, atendiendo a las condiciones acordadas durante las reuniones, elaboraba el denominado "Protocolo de Revisión", con las condiciones pactadas para los modelos sujetos a acuerdo, que enviaba a ANT, además de revisar los expedientes de venta de los concesionarios partícipes, con carácter mensual.

En el caso de ANT, además de evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, realizaba para los concesionarios otro tipo de servicios, facturados como "estudios de mercado". Estudios, en los que además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial de cada concesionario en las visitas realizadas, se añaden anotaciones en cuanto a la negociación de precios y la oferta económica finalmente conseguida, y que eran trasladados a las empresas que lo habían contratado.

Recoge la resolución recurrida que los evaluadores de ANT visitaban los concesionarios de la marca NISSAN incoados en el presente expediente con el objetivo de obtener la mejor oferta posible y comprobar si los concesionarios de la marca participantes en este cártel respetaban o no los acuerdos previamente adoptados por éstos. A partir de esas visitas, elaboraban un informe para cada concesionario, explicando cómo se habían desarrollado las visitas, si se había respetado el precio máximo fijado o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo adoptado por estos concesionarios. Además, junto con el informe que presentaba ANT a cada uno de los concesionarios, se facilitaba a todos ellos una tabla resumen con la

oferta completa (precio, regalos y tasación en el caso de que procediera) ofrecida por cada concesionario. Dichos informes eran remitidos a través de correo electrónico mensualmente a los concesionarios, indicando qué visitas se habían realizado y cuántas "incidencias" (modo en que se designaban eufemísticamente los incumplimientos o desviaciones en los acuerdos) se habían encontrado. Así, continúa exponiendo la resolución impugnada, todos los concesionarios integrantes de este cártel eran conocedores de cómo actuaba el resto de los miembros del mismo, de cara a conocer si se cumplían o no las condiciones pactadas previamente, añadiendo que para realizar el seguimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes en este cártel, a ANT y HORWATH se le proporcionaba con antelación el precio de venta y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos.

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 y HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P (HORWATH, 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, y a la que nos hemos de referir después al analizar, precisamente, la prueba inculpatória acumulada frente a la empresa aquí recurrente.

Expone que la prueba de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel, y entre ellas a A6 Iberauto (folios 41 y ss del expediente administrativo en concepto de "Estudios de Mercado" realizados desde mayo de 2010 a mayo de 2013) 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 anotaciones manuscritas encontradas durante la inspección de ANT, sobre la reunión de 21 de diciembre de 2009 en la que se recoge con detalle la persona de contacto para proporcionar la información necesaria, que se identifica como un directivo de NISSAN, la fecha de comienzo- 2 de enero de 2010-, el margen de error, el ámbito territorial al que se aplica el acuerdo ("como siempre, Madrid"), si hay sanciones y como proceder en caso de incumplimiento del acuerdo y su repercusión en la asistencia de las reuniones del cártel, y condiciones comerciales (descuentos, financiación, garantía).

Alude la resolución a correos electrónicos mediante los que NISSAN transmitía a ANT Y HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica(, entre los que figura Iberauto (folios 234-235 expediente) y a anotaciones manuscritas de Directivo de ANT, encabezadas por la palabra subrayada NISSAN, en las que se refiere a la necesidad de preguntar a su contacto de NISSAN distinta información relativa a precios y condiciones comerciales para posibilitar su actuación de comprobación realizados en los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre noviembre y diciembre de 2010, de enero a diciembre , ambos incluidos de 2011, de enero a diciembre de 2012 posterior del seguimiento de lo acordado (folios 215-216 Expte).

Añade la resolución recurrida que la operativa del cártel queda reflejada en detalle en un documento, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, denominado "El Cliente indiscreto" (folios 195-196), en el que se destaca la "Confidencialidad "dada la "peligrosidad" de este tipo de trabajo, por lo que, en la documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas. (...).

El método seguido por ANT para sus "estudios de mercado" también queda explicitado en un documento denominado "Mystery Shopping Estudios de Políticas Comerciales", recabado en la sede de ANT (folios 1471-1472):

"UNA DE LAS APLICACIONES DEL MYSTERY SHOPPING DE MAYOR UTILIDAD ES LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS DE POLÍTICA COMERCIAL.

EN EL CLIENTE INDISCRETO NOS DEDICAMOS A LA INVESTIGACIÓN Y MEJORA DE LA SATISFACCIÓN DEL CLIENTE, SIENDO NUESTRO PRINCIPAL SECTOR EL DE LA AUTOMOCIÓN Y NUESTRA TÉCNICA MÁS UTILIZADA EL MYSTERY SHOPPING.

[...]

PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN

EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

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

Por lo que se refiere a la participación de HORWATH en la conducta, así como el papel de esta empresa en el cártel, destaca la resolución impugnada el correo electrónico remitido por HORWATH a ANT el 19 de enero de 2010, remitiendo el protocolo que utilizarían en las auditorías, de acuerdo con lo hablado en la reunión con

NISSAN (folio 1043 y ss Expte). La fecha del protocolo es de 2 de enero de 2010, que coincide con la recogida por ANT en sus anotaciones, mencionadas supra, relativas a la reunión de 21 de diciembre de 2009, como de inicio de las actuaciones objeto de investigación en el presente expediente (folios 241 a 243).

Manifiesta que en el protocolo se establecían asimismo los mecanismos de intercambio de información a través de "reunión de concesiones", indicando la existencia de excepciones que podían realizarse fuera del acuerdo y las incidencias para presentarlas en las reuniones de "Junta de Gerentes" que se realizaban mensualmente (folios 1043 y ss del Expte). En su apartado 3 "Condiciones Comerciales", "Ventas de V.N. sujetas", se establecían los descuentos máximos a aplicar a particulares y en ventas por canales para cada modelo, las cantidades a cobrar en concepto de gastos de matriculación y pre-entrega, según realizase la matriculación la concesión, el cliente y se tratar de renting, el precio de la mano de obra por accesorios y opcionales, los tipos de intereses de financiación, y se preveía el control de descuentos encubiertos como obsequios, accesorios gratuitos, carburante u otra clase de incentivos susceptibles de sanción. Y añade que además, se disponía que "las ventas producidas en cualquier concesionario adscrito a este acuerdo deberán producirse en igualdad de condiciones pactadas dentro de este marco [...] No se igualará ninguna oferta presupuestada por otra concesión, que se establezca al margen de las condiciones aquí pactadas, so pena de incurrir en el incumplimiento del acuerdo y su consiguiente anotación como expediente sancionable".

Recoge la resolución sancionadora la existencia de un correo electrónico remitido por HORWATH a NISSAN el 9 de febrero de 2010, en el que le facilita un segundo protocolo modificado conforme a reunión del día anterior, que incorporaba como novedad un apartado denominado «COLECTIVOS» y un baremo de sanciones expresas por incumplimientos de lo acordado en relación con las condiciones comerciales a aplicar a Colectivos y las sanciones para los expedientes que sobrepasaran el cupo de excepciones autorizadas para cada mes (folios 1092-1095).

Destaca que NISSAN proporcionaba a ambas consultoras, ANT y HORWATH, la información precisa para que pudieran desarrollar su actividad de control de cumplimiento efectivo de los acuerdos, indicando los objetivos trimestrales de los concesionarios partícipes, las ventas del mes correspondiente de estos, el peso relativo de cada concesionario basado en sus respectivos objetivos anuales, con una estimación del importe a facturar a cada uno y que, a su vez, la información recabada por las consultoras era remitida a NISSAN antes que a los concesionarios partícipes en el cártel, especialmente las "incidencias" identificadas, para lo cual era requisito previo que la consultora conociera las condiciones que se aplicaban. Así se pone de manifiesto en las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 216). Y añade que los informes eran remitidos con carácter previo a las reuniones presenciales entre las empresas partícipes. Así, en correo electrónico remitido por NISSAN a ANT de 11 de marzo de 2010, recabado en la inspección de la sede de ésta, se señala (folio 1096): "[...] adjunto extracción de las campañas de vuestro interés. Estoy de acuerdo en el envío de los informes previo a la reunión".

La remisión de la información estratégica y sensible de todos los concesionarios a los partícipes del cártel por parte de ANT queda acreditada en el expediente. Es un ejemplo de ello el correo electrónico remitido por ANT a GAMBOA, que adjuntaba información relativa a todos los concesionarios ahora incoados respecto de unos modelos de vehículos de la marca NISSAN (folios 1100-1101).

Añade que ha quedado asimismo acreditado cómo la remuneración de ANT variaba en función de los "incidentes", o incumplimientos puntuales de lo acordado, efectivamente detectados, como resulta del correo electrónico que GAMBOA remitió a ANT con fecha 15 de marzo de 2010 (folios 222-223 Expte).

Recoge la resolución que el carácter mensual y habitual de las reuniones entre los partícipes del cártel se pone de manifiesto, por ejemplo, en el correo electrónico remitido por HORWATH a ANT, el 9 de abril de 2010, donde se concreta la fecha de la próxima reunión 20:

"[...] esta mañana me llamó [Directivo], de NISSAN, y me comentó que la reunión de este mes la habían convocado para este próximo lunes día 12 a las 18:30, donde siempre [...]" (folio 1127 Expte).

Destaca además el correo de HORWATH, de 6 de junio de 2011, convocando -con destinatarios en copia oculta- una reunión e instando a que se compartan los listados de accesorios, para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión (folio 112 Expte) y diversos correos dirigidos por ANT a NISSAN a lo largo de 2012, adjuntando informes de los concesionarios NASUR, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA y A6 IBERAUTO, informes realizados por un evaluador-Mystery Shopper en los meses inmediatamente anteriores a los correos electrónicos de remisión (folios 1124, 1143, 1147, 1152, 1164, 1196 y 1246). En los informes adjuntos al correo se mencionan tanto la fijación de precios como las sanciones por incumplir el acuerdo, que ascendían a 1000 euros en el caso de que se tratara de la primera "incidencia" y se incrementaban sucesivamente en 500 euros más para el supuesto de sucesivos incumplimientos (folios 1092 a 1095 Expte).

Continúa exponiendo la resolución que han quedado acreditadas comunicaciones entre NISSAN y ANT en febrero y mayo de 2012, a través de correos electrónicos en los que NISSAN informaba a ANT de las condiciones comerciales para determinados modelos:

"Además de las campañas adjuntas, hay 500€ adicionales para QQ+2 en stock y adicionalmente (si fuera el caso) otros 500 € para QQ, QQ+2 y Juke en stock de concesión con más de 90 días a 1 de enero. (...)"

"(...) además a partir del día 25 las versiones acenta pasaron a tener una campaña de valor para cliente de 650€ en lugar de la de 300€ que tenía anteriormente. "

Estas condiciones remitidas por NISSAN a ANT eran igualmente trasladadas por NISSAN a los concesionarios de forma conjunta, como se pone de manifiesto en comunicado en formato papel, de fecha 25 de abril de 2012, recabado en la inspección de ANT donde se recoge la fijación de un PVP de lista y PVP promocional que los concesionarios pueden aplicar en dos concretos modelos de vehículos (folios 206 y 207).

Expone la resolución sancionadora que la conducta infractora continúa durante el año 2013, como evidencian correos electrónicos de ANT a GAMBOA de fechas 18 y 25 de febrero de 2013, adjuntando información relativa a los concesionarios partícipes respecto a unos modelos concretos de la marca NISSAN con detalle de precios, ofertas, etc., así como evidencias del acuerdo de fijación de precios(folios 1271,1276,1283 y siguientes) así como diversos correos electrónicos remitidos por ANT a NISSAN en febrero, abril y mayo de 2013, con informes adjuntos de A6 IBERAUTO, NASUR, GAMBOA, REICOMSA y SANTOGAL, con tablas comparativas de modelos, precio de mercado, ofertas, importe a financiar, número de cuotas, ausencia de regalos y gastos incluidos, que evidencian de nuevo el acuerdo de fijación de precios y el seguimiento respetuoso de los precios acordados (folio 1323).

Y tras valorar las pruebas aportadas en relación 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 consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información sensible entre las empresas concesionarias de vehículos de la marca NISSAN que relaciona, en concreto A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, Horwath Auditores España, S.L.P, NISSAN Iberia, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L., IBERICAR REICOMSA, S.A. y M. GONDE, S.A. .

Constata entonces la existencia de un cártel en Madrid integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca NISSAN. Estas empresas habrían adoptado acuerdos desde enero de 2010 a mayo de 2013, con inicio acreditado para tres de las incoadas en diciembre de 2009, y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con "... manifiesta ocultación y secretismo".

TERCERO .- Teniendo presente el ámbito geográfico definido en relación a este cártel, las conductas que se imputan a las distintas empresas intervinientes y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede entrar a examinar el primero de los motivos en los que la actora funda su impugnación que denuncia que el procedimiento administrativo al que pone fin la resolución recurrida tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley toda vez que la incautación de documentos que tuvo lugar durante las Inspecciones realizadas en la sede de ANT habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entiende que los datos y elementos contenidos en las órdenes de investigación que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos inculpatorios no delimitaban, como exige el artículo 40 de la LDC y el artículo 13 del RDC, las conductas objeto de dicha investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto, limitado a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas Audi, SEAT y Volkswagen) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como las imputadas después a los concesionarios TOYOTA.

Añade que, además, la CNMC habría incurrido, a su juicio, en la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución puesto que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNMC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídica, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Varias consideraciones obligan a rechazar esta pretendida causa de nulidad.

En primer lugar, no puede dejar de destacarse que se denuncia la violación del artículo 18 de la Constitución, cuando es lo cierto que la empresa reclamante no sería en ningún caso la titular de ese derecho, titularidad que correspondería solo a la empresa inspeccionada, en este caso ANT, en cuya sede se localizó la documentación incriminatoria.

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

Y consta que la orden de investigación que habilitaba la entrada hacía saber a ANT que "La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor".

La orden contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT que vinculaba además su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de las marcas SEAT, VW y AUDI, pero no NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye la ahora recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, recurso núm. 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión en estos términos:

"QUINTO. - Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas". Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección acreditativas de la participación de A6 IBERAUTO SL. en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación con la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

Por último, es cierto, como destaca la demanda, que en la orden de inspección de 28 de mayo de 2013 la CNMC autoriza a seis funcionarios, a saber, a D. Leon, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM000; Dª. Nuria, titular de la tarjeta de servicio interna nº NUM001; Dª. Patricia, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM002; D. Porfirio, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM003; D. Rafael, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM004 Y D. Roman, titular de la tarjeta de servicio interno nº NUM005", a realizar la inspección en la sede de ANT y que, sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Rafael en la relación de inspectores autorizados. Se trata claramente de un mero error pues, en otro caso, el auto tendría que haber razonado por qué le excluía, y es lo cierto que nada se dice al respecto. Por lo tanto, no cabe sino concluir que el auto avala la orden de investigación que incluía a los inspectores, perfectamente identificados, que iban a llevarla a cabo.

La intervención del Sr. Rafael no arrastra la nulidad de la inspección si se tiene en cuenta que, como resulta del acta correspondiente, ANT no opuso reparo alguno a su actuación, y consistió en recabar información del ordenador de la sra. Marí Trini, responsable de Administración, del sr. Vidal, responsable de calidad de ECI, así como a descargar los archivos digitales contenidos en el smartphone de D. Carlos José, Administrador de la empresa.

A partir de ahí, corresponde a la demandante identificar qué elementos de prueba fueron obtenidos por un inspector no autorizado para ello con el fin de valorar la incidencia que esa prueba pudo tener en el conjunto del material intervenido. Y al no hacerse así, no puede pretenderse que su intervención tenga alguna relevancia sobre la validez de lo actuado.

CUARTO. - Opone la parte recurrente que no existe acuerdo de intercambio de información alguno entre las empresas sancionadas y que no se ha probado que A6 IBERAUTO facilitara información comercialmente sensible a otros concesionarios. Explica que los informes mensuales enviados por ANT a Nissan y a los concesionarios de su red de distribución no contenían información que pueda ser considerada como comercialmente sensible de acuerdo con lo dispuesto en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (apartado 74) y que el supuesto intercambio de información era información pública y no representativa de la actividad de los concesionarios.

Recordemos que el artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101.1 del TFUE prohíben las prácticas concertadas o colusorias que tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia. Es cierto que los citados preceptos no se refieren de forma expresa a los intercambios de información entre competidores como prácticas prohibidas, pero también lo es que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de la competencia por objeto, que por sus características deben ser considerados como cárteles.

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

1. Información estratégica:

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

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

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

2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura

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

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

3. Información desagregada

(74): "Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones

en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

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

4. Frecuencia del intercambio de información

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

5. Información de datos públicos o privados

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

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, ECLI: EU:C:2009:343, T-Mobile Netherlands y otros) en el que resolvió que el tenor literal del artículo 101 TFUE no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores y concluyó que ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes. En el mismo sentido, en la Sentencia de 19 de marzo de 2015 (C-286/13:C:2015:184, Dole Food y Dole Germany/Comisión, párrafo 119 y 120 declaró que todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común", para a continuación indicar que, "si bien (...) esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado".

Pues bien, en el caso examinado, la mercantil recurrente no niega su participación y conocimiento de los acuerdos sancionados, limitándose a negar la existencia de intercambio de información comercialmente sensible y que ella facilitara información comercialmente sensible a los demás concesionarios.

Sin embargo, en contra de lo manifestado por la actora, consta acreditado en el expediente administrativo que las empresas sancionadas y entre ellas A6 IBERAUTO, participaron en intercambios de información comercial sensible, que además se mantuvieron, de forma periódica y durante un periodo prolongado de tiempo y que versaron sobre descuentos máximos a aplicar a particulares y en ventas por canales, especificados por modelo de automóvil, sobre cantidades a cobrar en concepto de gastos de matriculación y pre-entrega, según realizase la matriculación la concesión, el cliente y se tratara de renting, sobre el precio de la mano de obra por accesorios y opcionales, sobre los tipos de intereses de financiación, y sobre control de descuentos encubiertos como obsequios, accesorios gratuitos, carburante u otra clase de incentivos susceptibles de sanción (folios 1043 y ss del Expte).

Así, en el correo remitido el 11 de junio de 2012 por ANT a los concesionarios sancionados, y entre ellos a la recurrente, se adjunta información relativa a los demás concesionarios participantes en el cártel, respecto de unos modelos concretos de vehículos NISSAN, con detalle de precios y ofertas (folios 1196 y ss Expte).

Refiere la resolución que el 13 de mayo de 2010 ANT dirigió conjuntamente a AUTOMOCION DIAZ, GAMBOA, A6 IBERAUTO, NASUR, REICOMSA, NISSAN MADRID y SANTOGAL, la tabla definitiva de resumen de las llamadas "incidencias" y en él de nuevo figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados, y así se constata a los folios 1119 a 1121

El contenido de los informes realizados por el Mystery Shopper a los concesionarios resulta muy ilustrativo de la conducta investigada, reseñando, a título de ejemplo, algunas de las observaciones incluidas en las

evaluaciones por los visitantes de los concesionarios. En concreto, se hace constar que, en el informe relativo a A6IBERAUTO de fecha 7 de febrero de 2013 (folio 1306) se hace constar lo siguiente: " (...) Me dice que le facilite el presupuesto que me han dado en el otro concesionario para ver que descuentos me hacen, porque, según ella, en Madrid "se están respetando los precios" y le parece muy extraño que me hayan rebajado el precio".

Y merece destacar los correos electrónicos remitidos por ANT a Nissan en febrero, abril y mayo de 2013, con informes adjuntos de A6IBERAUTO, NASUR, GAMBOA, REICOMSA Y SANTOGAL, con tables comparativas de modelos, precios de mercado, ofertas, importe a financiar, número de cuotas, ausencia de regalos y gastos incluidos, que ponen de manifiesto la existencia de un acuerdo de fijación de precios y seguimiento de los s precios acordados (folio 1323 expte).

En consecuencia, las pruebas acopiadas, 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 comercial sensible, y todo ello por el período que le atribuye la CNMC en la resolución recurrida. Por todo lo expuesto y valorando la prueba obrante en autos, debemos concluir que nos encontramos ante una infracción constitutiva de cartel por cuanto que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud" per sé" para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación con el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia de que el consumidor no pueda beneficiarse de los menores de precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas derivadas del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

Por lo demás, como recoge la resolución recurrida, los intercambios de información se materializaban a través de reuniones periódicas de los concesionarios sancionados, con la participación de NISSAN y de ANT y HORWATH, que monitorizaban los acuerdos adoptados, informando posteriormente del resultado de su actuación a las empresas sancionadas. Así las cosas, carece de transcendencia el hecho de que no fuera la recurrente la que de forma directa intercambiara la información comercial sensible con sus competidoras siendo lo relevante que los intercambios se produjeron con el conocimiento y la aquiescencia de Iberauto.

Por todo lo expuesto y valorando la prueba obrante en autos, debemos concluir que nos encontramos ante una infracción constitutiva de cartel por cuanto que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud" per sé" para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación con el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia de que el consumidor no pueda beneficiarse de los menores de precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas derivadas del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

QUINTO. -Ad uce la mercantil recurrente que , aun cuando se aceptase, a efectos dialecticos la existencia de un supuesto cártel o del intercambio de información comercialmente sensible, quod non, estos no habrían producido efecto alguno en el mercado y sostiene que el supuesto cártel habría afectado únicamente a la competencia intramarca (determinados modelos de la marca Nissan). Añade que, a la vista de las limitadas cuotas de mercado directamente afectado por las prácticas investigadas relativas a los concesionarios de Nissan en la Comunidad de Madrid, el supuesto cártel no tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por objeto", como ya se presumía de lo indicado en el párrafo 102 de las Directrices Verticales.

En relación con la supuesta ausencia de efectos en el mercado, ha de decirse que es doctrina reiterada del TJUE la que advierte 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, cuyos apartados 27 a 30 aluden 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 NISSAN -con la consiguiente incidencia en el precio final pagado por el consumidor-, 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, el supuesto carácter vertical de los acuerdos, o 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 tienen esa consecuencia.

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.

SEXTO.- Por lo demás, con carácter subsidiario considera que debe aplicarse la exención del artículo 1 LDC, o, en todo caso, la conducta sancionada sería "de menor importancia", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.a) del RDC se entenderán de menor importancia conforme al artículo 5 de la LDC. A juicio de A6 IBERAUTO SL, la conducta se encuadraría dentro de las denominadas de menor importancia por lo que resultaría aplicable la regla de mínimis prevista en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, según el cual "Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado". Parte en su razonamiento de lo establecido en el artículo 1.a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual se entenderán de menor importancia, conforme al artículo 5 de la LDC:

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

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

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

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

SÉPTIMO. - Para terminar, aduce también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta 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".

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. A continuación, se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, pero, al propio tiempo, toma en consideración otros elementos de la conducta que conducen a graduar la multa por debajo del tramo superior del arco sancionador.

A estos efectos se refiere así, en primer lugar, al artículo 64.1.c) de la LDC cuando alude al "alcance de la infracción" para, a continuación, considerar 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. Y pone de manifiesto que, dentro de su radio de acción en la "zona de Madrid", la conducta ha sido desarrollada por todos concesionarios de la marca Nissan implantados en la zona que, sin embargo, tiene una cuota menor cuando se incluyen otras marcas relevantes en el análisis.

En segundo lugar, y en cuanto a los efectos de la infracción, refiere que los acuerdos entre las empresas disminuyeron efectivamente la incertidumbre en relación con las ofertas de sus competidores respecto a determinados modelos de vehículos, lo que derivó en una homogeneización de los descuentos ofertados por los infractores y añade que las empresas participantes se valieron, además, de un sofisticado sistema, coordinado por la propia NISSAN IBERIA, mediante la contratación de dos empresas (ANT y HORWATH).

A la vista de todo ello, el Consejo considera que el tipo sancionador en este expediente debe situarse en el tramo medio-bajo, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

Para individualizar las sanciones, la resolución atiende a la participación de cada empresa en el volumen de negocios del mercado afectado durante la infracción, de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, que concreta en el valor correspondiente a la distribución de varios modelos de vehículo de la marca (Qashqai, Qashqai 2, Pizo y NV200)), durante el periodo infractor imputable a cada empresa.

Refleja en los cuadros correspondientes el valor total del mercado afectado 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 IBERAUTO un 21,4 %).

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 (38.705.546 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (2,2%, para IBERAUTO) y la multa (851.522 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

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

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

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración del cártel y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 2,2%.

Sobre este porcentaje, advierte de la necesidad de comprobar si la proporcionalidad de la sanción impone alguna corrección en razón al beneficio ilícito que la entidad podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos prudentes que referencia a datos obtenidos de las propias empresas o de bases de datos públicos referidos al mercado relevante, como los ratios sectoriales de las sociedades no financiadas del Banco de España; comprobación que le permite concluir que las multas impuestas están lejos de los límites de proporcionalidad estimados para cada una, por lo que en ningún caso es necesario reducir la sanción por motivos de proporcionalidad.

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 expuestas 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)."

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.

OCTAVO. - Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Sharon Rodríguez, en nombre y representación de **A6 IBERAUTO SL.** contra la resolución de 28 de julio de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 851.522 euros, al ser dicha resolución ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/09/2020 doy fe.