



Roj: **SAN 3538/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3538**

Id Cendoj: **28079230062022100420**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/05/2022**

Nº de Recurso: **663/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000663 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05794/2015

Demandante: MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.

Procurador: D. CARLOS JOSÉ NAVARRO GUTIÉRREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT, S.A.

Abogado Del Estado

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

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 veinticuatro de mayo de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 663/15 promovido por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez en nombre y representación de **MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.**, contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 656.390 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y SEAT, S.A., representada por el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro Barbero.



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 revoque la resolución impugnada "... dejando sin efecto la sanción administrativa impuesta", y, con carácter subsidiario, sustituya la calificación de muy grave de la infracción por la de grave reduciendo el importe de la multa "... que no habrá de superar el 0,10% sobre la base de la cifra de negocio de mi representada acreditada en el último de sus ejercicios sociales cerrados ...".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 2 de octubre de 2019, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

CUARTO.- Con fecha 23 de diciembre de 2019 recayó sentencia en estos autos cuyo fallo era del siguiente tenor literal:

"1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez en nombre y representación de MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 656.390 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la entidad actora, por no ser, en estos pronunciamientos, ajustada a Derecho.

3.- Imponer las costas a la Administración demandada".

QUINTO.- Contra dicha sentencia interpuso el Abogado del Estado recurso de casación, que fue estimado mediante sentencia de 19 de mayo de 2021 (recurso núm. 3019/2020) en la cual el Tribunal Supremo acordó "1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 23 de abril de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo **663/2015** .

2. Anular la sentencia objeto de recurso.

3. Retrotraer las actuaciones del citado recurso contencioso-administrativo al momento inmediatamente anterior al de dictarse sentencia para resolver el mismo. 4. No imponer las costas del recurso de casación".

SEXTO.- De conformidad con lo resuelto en la referida sentencia, se señaló nuevamente para la votación y fallo del presente recurso el día 6 de abril de 2022, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante sentencia de fecha 23 de diciembre de 2019 esta Sección estimó el recurso interpuesto en nombre y representación de MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES, y mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 656.390 euros al considerarla responsable de un infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho de la misma resolución.

La parte dispositiva de la referida sentencia anulaba la resolución recurrida en cuanto a la declaración de responsabilidad y a la sanción impuesta a la entidad actora al entender que no era, en estos extremos, ajustada a Derecho.

Tal pronunciamiento se justificaba, en síntesis, en que la resolución recurrida atribuía a MAZADA una participación del 0,0% en la conducta infractora, lo que entendíamos no podía tener otra interpretación que la de suponer que MAZDA no había participado en dicha conducta, por lo que no cabía exigírsele ninguna responsabilidad por ello; con independencia de que hubiera participado en el mercado afectado, pues resultaba obvio que MAZDA había vendido coches en dicho mercado. Y es que lo que se había reducido a un porcentaje

de 0,0% por la misma CNMC era, insistimos, la cuota de participación de la entidad en la conducta infractora, no en el mercado afectado.

De hecho, el porcentaje de ventas de MAZDA sobre el total del mercado en el año 2103 se determinó sobre la base del porcentaje de matriculaciones en dicho año, que fue para ese fabricante del 0,7%, no del 0,0%. Y así se refleja en el cuadro correspondiente, apartado 7.5, de la resolución.

Esta sentencia ha sido casada y anulada por la del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2021, propiciada por el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y tramitado bajo el número 3019/2020, cuya parte dispositiva resolvía lo siguiente: "1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 23 de abril de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo **663/2015** .

2. Anular la sentencia objeto de recurso.

3. Retrotraer las actuaciones del citado recurso contencioso-administrativo al momento inmediatamente anterior al de dictarse sentencia para resolver el mismo. 4. No imponer las costas del recurso de casación".

El Alto Tribunal razona acerca de lo erróneo de nuestra conclusión y destaca que "... en el supuesto de autos, la ausencia de ventas en el período en que Mazda participara en las actividades colusorias no implica que no fuese responsable de tal actividad infractora y contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , beneficiando y favoreciendo el éxito de la infracción".

También señala que "Para el caso de Mazda, cuya participación fue de marzo de 2010 a febrero de 2012 (24 meses), el valor de mercado fue de 40.494.422 euros y su cuota, efectivamente, del 0,0 por ciento. Sin embargo, ello no supone una nula venta de vehículos, sino que es lo que resulta en porcentaje al reducir a un solo decimal su baja cuota de participación en relación con la de otros fabricantes, y hay que tener en cuenta además que, por mor de la proporcionalidad, afirma la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que "se ha reducido el porcentaje aplicado a las empresas cuya conducta haya tenido una duración inferior a la media y particularmente cuando ésta haya sido inferior a los 36 meses", como es el caso de Mazda. En definitiva, consta acreditado en los hechos probados que Mazda participó en uno de los tres foros de intercambio de información en que se materializó la actividad infractora, el Foro de Postventa, en los veinticuatro meses antes citados, actividad por la que se le sanciona y se gradúa su participación en la infracción colectiva de conformidad con los criterios mencionados. Luego, a la hora de graduar la sanción para las empresas partícipes del cártel se emplea el porcentaje de matriculación en 2013 (0,7% Mazda, tabla página 98) y el volumen de negocios en el año anterior a la imposición de la multa (tabla página 99), según previene el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia ".

En estricta ejecución de este pronunciamiento, procedemos a dictar sentencia examinando "... el resto de las alegaciones aducidas por la actora en su recurso contencioso administrativo, y muy particularmente las relativas a su participación en los hechos", pero, como ordena el Tribunal Supremo "... desechando la alegación relativa a la relevancia del porcentaje de participación del 0,0% reflejado en la tabla de la página 95 de la resolución sancionadora que se ha descartado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia y teniendo presente la jurisprudencia de esta Sala en relación con el cartel de fabricantes y distribuidores de automóviles que se ha reflejado en la sentencias dictadas en los recursos formulados por el resto de las empresas sancionadas (STS 531/2020 y posteriores)".

Pues bien, como antecedentes procedimentales a tener en cuenta para enjuiciar este asunto pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 25 de junio de 2013 la entidad SEAT, S.A., presentó ante la entonces Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa, a los efectos del artículo 65 de la de Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe a los efectos del artículo 66 de la misma Ley, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España.

2) Atendido el valor probatorio que cabía atribuir a la documentación referida, la Dirección de Investigación (DI) acordó con fecha 23 de julio de 2013 conceder la exención condicional del pago de la multa en relación con la solicitud de exención presentada por SEAT, S.A., en beneficio de la citada empresa, así como en nombre de todas sus filiales directas o indirectas y de las entidades que conforman el grupo al que SEAT pertenece al entender que se cumplían los requisitos previstos en el artículo 65.1 de la LDC y haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la DI, le permitían ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención del pago de la multa.



3) Durante los días 23 a 26 de julio de 2013 la ya Dirección de Competencia (DC) llevó a cabo inspecciones en las sedes de TOYOTA ESPAÑA, S.L., NISSAN IBERIA, S.A., SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, S.L. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A. en cuyo transcurso tuvo acceso a determinada información según la cual diversos fabricantes y/o distribuidores de vehículos a motor habrían podido incurrir en una práctica anticompetitiva.

4) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DC que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 30 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0482/13 Fabricantes de automóviles, contra NISSAN IBERIA, S.A., RENAULT ESPAÑA, S.A., TOYOTA ESPAÑA, S.L., CHRYSLER ESPAÑA, S.L., GENERAL MOTORS ESPAÑA, S.L.U., FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN, S.A., FORD ESPAÑA, S.L, HYUNDAI MOTOR ESPAÑA. S.L.U., HONDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., (actualmente, HONDA MOTOR EUROPE LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA) KIA MOTORS IBERIA, S.L., PEUGEOT CITROEN AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA, S.A., SEAT, S.A., URBAN SCIENCE ESPAÑA, S.LU. y SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, S.L, por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la LDC, consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de vehículos de motor en España.

5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 5 de mayo de 2014 a AUTOMÓVILES CITROEN ESPAÑA, S.A., B&M AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., BMW IBÉRICA, S.A.U., CHEVROLET ESPAÑA, S.A., MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A., ORIO SPAIN, S.L, PEUGEOT ESPAÑA, S.A., PORSCHE IBÉRICA, S.A., RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A. y VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U. , también por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, la DC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 28 de abril de 2015 la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

8) Presentadas alegaciones, el 22 de mayo de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

9) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.2.c) de la LDC, con fecha 3 de junio de 2015 la Sala de Competencia de la CNMC acordó la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta. Y con fecha 8 de julio la Comisión Europea formuló observaciones escritas.

10) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 23 de julio de 2015 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 MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., como una empresa, constituida en febrero de 2000, cuyo objeto social es la distribución, venta, comercialización o alquiler de automóviles, camiones, tractores, así como de componentes o partes, accesorios y equipos para todos ellos de la marca MAZDA.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y sobre el marco normativo para, a continuación, identificar dicho mercado con el de *"... la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España por parte de las principales marcas presentes en el territorio español, es decir, la venta de vehículos automóviles nuevos y usados, recambios y accesorios, así como la prestación de los servicios de posventa realizadas por dichas marcas de automóviles en España a través de sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo concesionarios independientes del fabricante de la marca en cuestión y/o filiales propias de la empresa fabricante, todos ellos parte de dicha Red oficial de concesionarios de cada una de las marcas"*.

Precisa que las mercantiles incoadas llevan a cabo la distribución mayorista, es decir, la venta al concesionario de los automóviles de sus respectivas marcas, los cuales son distribuidos a nivel minorista (venta al cliente final) por su red oficial de concesionarios mediante un esquema de distribución selectiva. Esto supone que el concesionario/distribuidor minorista vende el automóvil al cliente final en calidad de empresa independiente, en nombre y por cuenta propia.

Además, y ello resulta importante para sostener el esquema de la imputación posterior, indica que la distribución de los automóviles, incluyendo la mayorista al concesionario y la minorista al cliente final, se plantea y se planifica de un modo único incluyendo la venta de un vehículo y la prestación de un servicio de posventa toda vez que las marcas, a través de sus redes oficiales de concesionarios, venden a sus clientes lo que la CNMC denomina una *"... solución integral de movilidad duradera en el tiempo integrada por la venta de*



un producto (el vehículo) y la prestación de los servicios necesarios para su buen funcionamiento (servicios de posventa)", siendo así que el cliente final de la venta de un vehículo nuevo o usado se fideliza, dice, gracias a las políticas comerciales de posventa. Destaca en este sentido el componente anticíclico que supone la postventa al permitir compensar las caídas de ingresos por disminución de la venta de vehículos en momentos de crisis económica.

Particular relevancia tiene también para poder valorar el carácter anticompetitivo de las conductas que finalmente se sancionan, la referencia que en la resolución recurrida se hace a la relación existente entre fabricante y distribuidor minorista, y que puede resumirse así:

- El proveedor vende sus vehículos al distribuidor, que los revende aplicando un margen. Cuando se trata de automóviles nuevos, la empresa distribuidora indica al concesionario un precio de venta recomendado, y este establece libremente el precio final de venta. Advierte, no obstante, la CNMC que la práctica de recomendar un precio de reventa está cubierta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no excede del umbral del 30%, siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo.

- En el desarrollo de su actividad el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, y asume los riesgos que pudieran derivarse del negocio, si bien el proveedor puede imponer una serie de obligaciones (se refiere la resolución impugnada a las de previsión de ventas y entrega, vehículos en stock, de exposición y demostración, garantía por defectos, entre otras).

El mercado geográfico coincide con todo el territorio español, si bien considera la resolución recurrida que es susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario *"... dado que compartimenta el mercado nacional"*.

Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían la facilitada por SEAT, S.A., en su solicitud de exención de pago de la multa, y la obtenida por la Dirección de Competencia tanto en las inspecciones realizadas días 23 a 26 de julio de 2013 en las sedes de las empresas NISSAN, RENAULT, SNAP-ON y TOYOTA, así como la reflejada en las contestaciones de las empresas incoadas a los requerimientos de información que se les formularon a lo largo del expediente administrativo.

Tales pruebas pondrían de manifiesto que las empresas participantes llevaron a cabo intercambios de información comercialmente sensible sobre tres aspectos concretos:

- Sobre la *"... estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP- DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009"*. Al mismo se refiere la CNMC como "Club de Marcas".

- Sobre *"... sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013. En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010"*. Tal sería, en la denominación de la misma resolución impugnada, el "Foro de Postventa".

- Y relativa a *"... las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011"*. Conocido como "Jornadas de Constructores"

Considera la CNMC que estos intercambios de información comercial comprendían numerosos datos, y se refiere en particular a la rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total



y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; a los márgenes comerciales y la política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; a las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes; a las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; a las campañas de marketing al cliente final; y a los programas de fidelización de sus clientes.

De este modo, aprecia la existencia de un acuerdo, que califica de complejo, así como la participación de las diferentes empresas incoadas al señalar que AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW habrían intervenido en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos; y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE, en uno, en la forma que refiere al pronunciarse luego sobre la conducta imputada a cada uno de los fabricantes.

El origen de este acuerdo lo sitúa en el denominado "club de socios" o "club de marcas" cuya actividad comienza en el año 2004, dirigido a la fijación de criterios de gestión de las redes de concesionarios y al intercambio de información de gestión empresarial relativa a la venta y posventa de automóviles, poniendo de relieve la resolución el carácter secreto de tales acuerdos.

Por otro lado, y en cuanto a los hechos relativos a los intercambios de información de postventa, habría surgido en el seno del anterior cuando algunas empresas del "club de marcas" decidieron ampliar y completar la información intercambiada de sus servicios y actividades de posventa. Nace entonces, según la resolución, como un instrumento intercambio específico en el contexto de la crisis económica la cual habría determinado que la actividad de posventa cobrara mayor importancia relativa en relación con el margen derivado de la venta de automóviles nuevos, al caer en el ámbito nacional más los ingresos por venta que los de posventa.

Finalmente, y respecto a los hechos que la resolución recurrida relaciona con los intercambios de información de marketing, habrían sido acreditados a partir de la documentación recabada por el órgano instructor que evidenciaría que las marcas intercambiaron información confidencial con ocasión de las reuniones de los responsables de marketing de posventa, denominadas "Jornadas de Constructores", acaecidas desde abril de 2010 hasta marzo de 2011. Información que abarcaría aspectos futuros de su estrategia comercial como "*... los programas para fomentar la venta de neumáticos, relativos al seguro y/o garantía de los neumáticos, para fidelizar o recuperar clientes, con contratos de mantenimiento o reparación, herramientas tecnológicas para la gestión online con las compañías de seguros, programas de carrocería y pintura y programas comerciales sobre la gestión de los coches de sustitución*".

Todas estas consideraciones, sustentadas en las pruebas que relaciona la misma resolución impugnada, llevan a la CNMC a considerar que las empresas incoadas habrían cometido una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 TFUE y constituida por el intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada, como parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y posventa, todo ello desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013.

Entiende que la información intercambiada entre las sancionadas cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por las empresas mediante su red de concesionarios, y así la venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales.

Y advierte de la existencia de un cártel al concurrir los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC.

En particular, y respecto de la empresa ahora recurrente, la Comisión consideró acreditada su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de postventa y marketing desde marzo de 2010 hasta febrero de 2012.

TERCERO.- Teniendo presentes esta responsabilidad que se atribuye a la mercantil actora y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, procede analizar los motivos en los que fundan su impugnación.

El primero de tales motivos incide en la caducidad del expediente que se habría extendido desde su incoación, el 30 de agosto de 2013, hasta su notificación a las recurrentes el 28 de julio de 2015.

Considera que la aplicación del criterio mantenido por esta misma Sala en sentencia de 25 de enero de 2016 recaída en el recurso núm. 570/2013, y en otras anteriores que cita, sobre ineficacia de las suspensiones adoptadas con posterioridad al transcurso del plazo de 18 meses a que se refiere el artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, determina necesariamente la caducidad del expediente sancionador.



Sin embargo, ha de decirse que este criterio ha sido corregido por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 2016, recurso de casación núm. 3811/2015, así como en otros pronunciamientos posteriores, que acogen igual interpretación.

Puesto que la alegación de caducidad se justifica en la aplicación de la doctrina rectificadora, el motivo debe ser rechazado sin necesidad de otras consideraciones.

CUARTO.- En cuanto a los restantes motivos del recurso, sostiene en primer lugar la entidad recurrente que no existe la pretendida infracción única y continuada por la que se la ha sancionado. Y, en relación con ello, denuncia además el error en la valoración de la prueba en la que habría incurrido, a su juicio, la CNMC al apreciar la responsabilidad de MAZDA.

Sobre esta cuestión ha de decirse que esta sección se pronunció ya sobre la existencia de una infracción de las de esta clase en el presente supuesto y en relación con las restantes empresas sancionadas, y el criterio mantenido al respecto ha sido confirmado por el Tribunal Supremo al resolver los correspondientes recursos de casación. Y lo ha hecho en el mismo sentido de apreciar la existencia de la infracción única y continuada que describe la resolución recurrida -podemos citar al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2021, recurso núm. 5428/2020, 27 de septiembre de 2021, recurso 2593/2020, o la de 1 de diciembre de 2021, recurso núm. 7267/2020-.

Como hemos dicho en las sentencias recaídas en esos procedimientos, este argumento debe ser abordado al mismo tiempo que la también denunciada falta de justificación de la participación de MAZDA en la infracción con el fin de determinar, teniendo en cuenta la prueba obrante en el expediente y sobre la que se asienta la responsabilidad de la demandante, si puede o no imputársele la participación en una infracción única y continuada, y si esta cuenta con una prueba suficiente.

Ello enlaza, por otra parte, con el análisis de la naturaleza de la información intercambiada a fin de determinar si resulta apta para que pudiera consumarse la infracción, y si es suficiente para conceptualizarla como una infracción por objeto y sancionarse con independencia de si produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado, lo que la recurrente rechaza de manera expresa.

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

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

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

1. Información estratégica:

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

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

(86): " El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes



de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. (...) La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio".

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

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

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

3. Información desagregada:

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

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

4. Frecuencia del intercambio de información:

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

5. Información de datos públicos o privados:

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

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

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

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



Sentadas estas premisas generales, procede analizar ahora si la información intercambiada entre las empresas fabricantes de automóviles reúnen esas características, para lo que es preciso tomar como referencia los hechos acreditados en el expediente.

En este punto conviene recordar, como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, que *"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 174y175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"*.

Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: *"... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan"*.

Pues bien, en el caso de autos, el examen de los documentos obrantes en las actuaciones acredita que varias empresas, que representaban un alto porcentaje del mercado afectado (en torno al 91%) actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo, participando en intercambios de información que se mantuvieron de forma periódica y durante un periodo prolongado de tiempo, y que versaron sobre datos recientes y actualizados, con alto nivel de desagregación y homogeneización, y referidos, entre otras muchas materias, a estrategias de red y organización empresarial (folios 54 a 56 expediente administrativo), rentabilidades de las redes (folios 1273 a 1279), reducción de costes y de stocks de vehículo nuevo y usado (informe interno reunión de 14 de octubre de 2008, folios 47 a 51), descuentos y sobre precio franco fábrica que aplica cada marca en factura a sus concesionarios y rápeles (correo de Honda de 19 de septiembre de 2011- folios 1104 y 1105-), así como al sistema de retribución de los concesionarios y, en concreto, al peso, en términos porcentuales, asignado a la retribución fija y variable a los concesionarios (cuantitativa en términos absolutos y relativos, cualitativa, así como otros aspectos como el Rápel Almacén o la prima calidad de taller). También se intercambiaba información sobre el sistema de *bonus*, la financiación de las campañas, sobre los sistemas de verificación de objetivos y la financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios, elaborándose para ello un fichero Excel denominado "Comparativa Sistema de Remuneración", en el que se incluía un casillero a rellenar por cada una de las marcas (folio 8373 y 620 a 626, y folios 5.442 a 1564 y 12.209 del expediente administrativo). En abril de 2012 las marcas intercambiaron las cifras de los márgenes comerciales que imputaban a sus redes comerciales (folio 10.029 y reunión de 19 de abril de 2012- folios 2237 a 2340 y 10.270 y 15.232-15.233, véanse también folios 14.443 a 15.464 y correo de 12 de septiembre de 2012 remitido sobre remuneración en VN de la R2, folio 15.479 y folio 15.313 expediente administrativo).

Constan asimismo probados intercambios de información sobre las exigencias de capital social y circulante mínimos exigidos para los nuevos contratos firmados por las marcas y sus concesionarios (folios 8742 a 8744 del expediente), sobre rápeles cuantitativos de postventa (folios 1471 a 1478 y folio 1104 en el que se indica: *"... nosotros en Honda hacemos un descuento en factura del 11% y luego el dealer puede conseguir 2,5% en rápeles al trimestre"*), sobre ofertas comerciales, desglosadas por modelos y descuentos (folio 15435), sobre intereses de financiación de stocks (folio 12.209), sobre facturación de accesorios (folio 8719) y sobre campañas de chapa y mecánica con detalle de precios venta al público de parachoques, parabrisas y faros y descuentos en motores de arranque, turbo y alternador, desagregado por modelos (folios 1647 a 1657).

En el expediente se evidencian intercambios sobre acciones para mejora de la rentabilidad y la tesorería (folios 597 y 598), sobre facturación de postventa de recambios, de talleres mecánicos, de chapa y pintura, de recambios externos y sobre número de concesionarios (correo electrónico de VW dirigido a destinatarios ocultos de 8 de mayo de 2012 adjuntando cuadro comparativo de facturación de postventa de 2011 a febrero de 2012, y folios 1647 y siguientes del expediente administrativo).

Por lo demás, y entre otros muchos, se justifican documentalmente intercambios sobre acciones financieras (folios 107, 119 a 129), sobre acciones para asegurar la viabilidad de la red de concesionarios (folio 107),



sobre programas de reducción de costes (folio 249), información sobre estrategias y políticas de marketing relacionados con la postventa, sobre campañas y programas de fidelización y/o recuperación de clientes, datos relativos a seguros, garantías de neumáticos, contratos de mantenimiento y programas de carrocería, pintura o gestión de coches de sustitución (folios 1659 a 1662 y 15.469, 15475 y 15471 a 15472 del expediente administrativo).

QUINTO.- Si la prueba documental de los intercambios de información es abundante a lo largo del expediente administrativo, la existencia de un acuerdo previo y de un plan preconcebido como elementos determinantes de la infracción única y continua finalmente imputada resulta de la forma de actuación de las sancionadas, que se comunicaban por correos electrónicos mediante los cuales, en un principio, las propias empresas organizaban reuniones en las que ponían en común la información suministrada y proponían la información a intercambiar.

Posteriormente, el carácter preconcebido y organizado, resulta sin embargo patente como consecuencia de la intervención de consultoras que organizaban las reuniones y canalizaban y ponían en común la información suministrada por las participantes, al tiempo que aseguraban el secreto y la confidencialidad de las mismos.

Ha quedado también probado en las actuaciones que las marcas revelaban su información privada a cambio de recibir información de la misma índole por parte de las demás (véase correo electrónico obrante al folio 107 del expediente administrativo en el que se admite la presencia de Mazda, Suzuki y Honda a las reuniones a condición de que también compartan información y folio 11.127 expediente).

Además, articularon medidas de protección para impedir que terceras empresas pudieran acceder a la información facilitada y para preservar su carácter secreto. Así consta que, en concreto Honda, propuso en un correo electrónico de 20 de abril de 2012 "... dejar de intercambiar información por correo electrónico y hacerlo en papel en las reuniones periódicas que celebraban y referenciando los datos y las marcas a letras y números, si bien las marcas conocerían dicha equivalencia, tras los comentarios de FORD y RENAULT sobre la multa impuesta por la CNC a MONTESA-HONDA y SUZUKI por intercambiar información comercial, anunciando que no volvería a notificar por correo electrónico información confidencial de su empresa" (folio 10.287 expediente administrativo). El carácter secreto de los intercambios de información, característico del cártel, queda evidenciado también en varias de las comunicaciones que obran en el expediente, y la participación de MAZDA y su conocimiento de las actividades del cártel son indiscutibles a la vista de la recibidos por la empresa recurrente relacionados con los intercambios de información finalmente sancionados(pueden citarse los correos electrónicos de 3 de septiembre de 2008 de PEUGEOT a CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, OPEL, MAZDA, NISSAN, RENAULT, SEAT y TOYOTA y de KIA a CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, OPEL, MAZDA, NISSAN, PEUGEOT, RENAULT, SEAT y TOYOTA, recabados en la inspección de NISSAN (folio 7415); el correo electrónico de TOYOTA de 21 de abril de 2008 a CHEVROLET, CHRYSLER, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, MAZDA, OPEL, PEUGEOT, RENAULT y SEAT, recabado en la inspección de SNAP-ON (folio 11780); los correos electrónicos de OPEL a CHEVROLET, CHRYSLER, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, MAZDA, NISSAN, PEUGEOT, RENAULT y SEAT de 9 de junio de 2008 (folio 11794) y a CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, PEUGEOT, MAZDA, NISSAN, RENAULT, SEAT y TOYOTA de 13 de octubre de 2008 (folios 12063 y 12064), recabados en la inspección de SNAP-ON; o la tabla "RESULTADOS SEPTIEMBRE 08 PARA MARCAS.XLS" adjunta al correo electrónico de TOYOTA a CHEVROLET, CHRYSLER, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, OPEL, PEUGEOT, MAZDA, NISSAN, RENAULT y SEAT de 19 de noviembre de 2008 (folios 12102 y 12103), recabado en la inspección de SNAP-ON).

Existe asimismo prueba incorporada al expediente que pone de relieve que en la reunión de 23 de marzo de 2011 (folios 76 a 78 y 82 a 104 expediente) los asistentes acordaron poner una letra a cada marca y proponer a Urban y Snap-On que no tomaran apuntes y que se comprometieran a no difundir los datos. Podemos también destacar el correo electrónico remitido por Honda a distintos fabricantes proponiendo que la información relativa a descuentos aplicados al precio franco fábrica de cada una de las marcas fuera intercambiada por teléfono por la especial delicadeza de la naturaleza de la misma. También la prueba documental obrante en autos acredita que las empresas participantes eran conocedoras del carácter ilícito de los citados intercambios y de forma expresa, la ilicitud de los intercambios fue puesta de manifiesto en el correo interno de NISSAN de 9 de marzo de 2012 (folio 9894) en el que se dice que "*cualquier intercambio de información de precios, tanto minoristas como mayoristas supone una infracción grave de la ley de defensa de la competencia. En el último expediente tramitado por la Comisión Nacional de la Competencia en un intercambio de precios similar al que se plantea han recaído dos sanciones de 2 millones de euros para cada una de las empresas implicadas. El simple hecho de intercambiar emails sobre este tipo de cuestiones ya supone en sí mismo un alto riesgo. Por tanto, mi recomendación legal es abstenerme del intercambio planteado*".

En el mismo sentido, en la reunión de 23 de octubre de 2012 los directivos de las empresas distribuidoras de las marcas miembros del Club de Marcas analizaron la posible ilicitud de los intercambios de información realizados a raíz de la decisión de algunas de ellas no presentes en la reunión de no volver a asistir a las



mismas ni compartir más información, acordando continuar con los intercambios, pero adoptando medidas para reforzar su carácter secreto, como el cambiar la denominación de las reuniones (folios 240 a 252).

Una valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez 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 se* para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia; con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

No hay tampoco, por todo lo que venimos razonando, defecto de motivación en la resolución recurrida, ni vulneración del principio de la carga de la prueba que incumbe a la Administración por cuanto que en aquella se explicitan, con puntual referencia a los documentos obrantes en el expediente administrativo, las razones y motivos en los que se ha fundamentado, sin que por esta Sala se aprecie la existencia de irregularidades en la presentación y alcance la solicitud de clemencia, que se ha ajustado a las previsiones legales.

SEXTO.- Finalmente, se refiere MAZDA a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta y a la infracción del artículo 63 de la LDC en cuanto la resolución no utiliza como base del cálculo de la sanción el volumen de negocios del ejercicio anterior, sino que aplica "... un procedimiento de inducción sin cobertura legal".

Ha de decirse, en cualquier caso, que el procedimiento de cuantificación de la sanción y el utilizado en los casos de TOYOTA, HONDA, y NISSAN, que son citados por la recurrente precisamente por haberseles aplicado el mismo procedimiento que califica de ilegal, ha sido validado en las correspondientes sentencias dictadas por esta Sección en los respectivos recursos; y que el Tribunal Supremo ha desestimado a su vez los recursos de casación interpuestos contra dichas sentencias.

La alegación de la desproporción de la sanción reconduce la cuestión a determinar si, en efecto, la cuantía de la multa impuesta excede de los límites que establece la Ley 15/2007 y si, dentro de ellos, se ajusta además a los parámetros que fija la misma.

Para ello debe partirse de que la infracción sancionada se califica por la LDC como muy grave, calificación 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 la sanción, esto es, 2014; siendo así que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

La individualización de la sanción a cada uno de los sujetos responsables se efectúa tomando en consideración la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, que está relacionada directamente tanto con dicho volumen, como con la duración de la conducta de cada empresa.

A tal efecto las empresas responsables fueron requeridas para que aportaran el valor del mercado afectado por la conducta en cada caso, esto es, el valor correspondiente a la comercialización de automóviles de cada marca y la realización de otras actividades de postventa (como la comercialización de las piezas y recambios originales para los automóviles de la marca), según correspondiera a la imputación a cada una de ellas, entendiendo que la mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales. Siendo ello así, considera la resolución recurrida, conforme al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas, que ha de ajustarse el porcentaje de la sanción al alza o a la baja en función



de la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta durante el tiempo en que ésta resulta acreditada.

Además, se ha reducido el porcentaje aplicado a las empresas cuya conducta haya tenido una duración inferior a la media, y particularmente cuando ésta haya sido inferior a los 36 meses, y en la individualización de cada sanción se ha atendido a la participación de las mercantiles en los tres, en dos o en uno de los esquemas de intercambio de información (Club de marcas, Foro de Postventa y Jornadas de Constructores).

También se ha tomado en consideración el hecho de que algunas marcas se hayan retirado de todos o algunos de los foros en los que participaban (CITROËN, FORD, MERCEDES y PEUGEOT respecto del foro de Postventa; BMW, GENERAL MOTORS, HONDA y TOYOTA respecto del Club de Marcas; y KIA, MAZDA, SEAT y VOLKSWAGEN respecto de ambos).

Se ha valorado el criterio del beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras si bien, dado que las cifras de volúmenes de negocio de las participantes en los foros de intercambios de información no son homogéneas debido a su diferente estructura societaria -y dado que algunas de ellas, como Ford, tienen separadas en distintas sociedades las actividades de fabricación, distribución y exportación, mientras que otras, tal es el caso de FORD y GENERALMOTORS, integran en una única sociedad esas actividades, con la correspondiente repercusión en términos de incremento comparado del volumen de negocio, que es el que se utiliza como referencia casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la compañía y su cuota de matriculación de turismos en España-, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras. Asimismo, en los casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la compañía y su cuota de matriculación de turismos en España, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras.

Por último, la resolución ha cuantificado el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas, importe que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2014 (218.796.801 euros en el caso de MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.), el tipo sancionador (0,30% para la recurrente), y la multa correspondiente (656.390 EUROS) la cual resulta de aplicar el tipo al volumen de negocios.

Todas estas precisiones constituyen la motivación de la sanción y se apoyan en los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, incorporando además una referencia expresa a la configuración del mercado afectado, a la duración del cártel, y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere la jurisprudencia sobre esta materia -gravedad de la infracción, alcance, características del mercado afectado, 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, como decimos, hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta, y a concretar el tipo sancionador.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni soslaye las exigencias que para que exista una motivación suficiente impone la jurisprudencia, de la que es ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, cuando declara que *"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"*.

Y es que, como refleja 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. 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.

Por otra parte, la vulneración del principio de proporcionalidad no puede reducirse a una mera comparación entre el importe de las sanciones impuestas a las distintas entidades sin atender a los factores de corrección que la propia resolución reconoce haber aplicado y a las diferencias existentes entre ellas, que excluyen la identidad de situaciones de partida imprescindible para poder apreciar un trato discriminatorio. La supuesta discriminación, además de no acreditarse, se desvirtúa cuando la motivación de la sanción es suficiente y su cuantía resulta proporcionada al grado de responsabilidad que se acredita.

Sin que pueda desconocerse que el tipo sancionador finalmente aplicado a MAZDA fue del 0,30%, muy alejado no solo del máximo del 10% establecido para las infracciones muy graves, sino también de lo que podría considerarse el grado medio de la multa, lo que hace decaer los argumentos expuestos por la recurrente sobre la inaplicación de circunstancias atenuantes.

SÉPTIMO.- Procede, en atención a cuanto venimos razonando, 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 el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez en nombre y representación de **MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.**, contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 656.390 euros, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte actora.

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