



Roj: **SAN 6538/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6538**

Id Cendoj: **28079230062023100886**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2023**

Nº de Recurso: **2270/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 6538/2023,**
AAAN 278/2024

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002270 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 14139/2019

Demandante: Goldcar Spain, S.L. y Aligrupo Business Opportunities, S.L.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. 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^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm **2270/2019** promovido por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de, **Goldcar Spain, S.L. y Aligrupo Business Opportunities, S.L.** (anteriormente Goldcar Renting, S.L. y, posteriormente, Alcor Sociedad Estratégica, S.L.), antigua matriz de Goldcar Spain, S.L, frente a la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 11 de julio de 2019, expediente VS/0380/11 - Coches de alquiler, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 3.619.161 euros, en ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 (recursos 428/2013, 451/2013 y 505/2013) firmes, y en sustitución



de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013 (expte. S/0380/11, COCHES DE ALQUILER). Ha sido parte demandada el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpueto 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 que tenga por formulada demanda contra la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 11 de julio de 2019, expediente VS/0380/11 - Coches de alquiler, de recálculo en ejecución de sentencia y, previos los trámites oportunos:

"- dicte Sentencia por la que, estimando totalmente la demanda, anule la Resolución de Recálculo por ser contraria a Derecho; o

- subsidiariamente, dicte Sentencia estimando parcialmente la demanda y reduzca muy sustancialmente la Sanción de Recálculo impuesta a GOLDCAR a menos de 5.146.921 Euros por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito; o,

- subsidiariamente, dicte Sentencia estimando parcialmente la demanda y reduzca muy sustancialmente la Sanción de Recálculo impuesta a GOLDCAR.

En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte"

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 25 de octubre del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 11 de julio de 2019, expediente VS/0380/11 - Coches de alquiler, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO. - Imponer a (...) GOLDCAR SPAIN, S.L. y solidariamente a su matriz GOLDCAR RENTING, S.L., en ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 (recursos 428/2013, 451/2013 y 505/2013) firmes, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013 (expte. S/0380/11, COCHES DE ALQUILER), las siguientes multas:

CENTAURO RENT-A-CAR, S.L. y solidariamente a su matriz CENTAURO, S.L., 3.619.161 euros

GOLDCAR SPAIN, S.L. y solidariamente a su matriz GOLDCAR RENTING, S.L., 12.674.100 euros

RECORD-GO ALQUILER VACACIONAL, S.A. y solidariamente a su matriz GO DE ALQUILER, S.L., 3.215.124 euros".

SEGUNDO. - A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, y de los unidos a estos autos, los antecedentes relevantes para la resolución del litigio pueden resumirse de este modo:

1- Por resolución de 30 de julio de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0380/11, COCHES DE ALQUILER, acordó:

"PRIMERO. - Declarar que en este expediente ha quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, conformada por los acuerdos adoptados e implementados por ALQUILER DE COCHES VICTORIA, S.L., AURIGACROWN CAR HIRE, S.L. y su sucesora AURIGACROWN WEB, S.L., BARDON Y RUFO 67, S.L., CARGEST, S.L., CENTAURO RENT-A-CAR, S.L. y su matriz CENTAURO, S.L., DICKMANNS RENT A CAR, S.L., DRIVALIA CAR RENTAL, S.L., GOLDCAR SPAIN, S.L. y su matriz GOLDCAR RENTING, S.L., GUERIN RENT A CAR, S.L. y su matriz IBERICAR SOCIEDAD IBÉRICA DEL AUTOMÓVIL, S.A., HELLE AUTO, S.A., NEW CARS COSTA DEL SOL, S.L., NIZA CARS, S.L., PRIMA RENT A CAR, S.L., RECORD-GO ALQUILER VACACIONAL, S.A. y su matriz GO DE ALQUILER, S.L., SOL MAR ALQUILER DE VEHÍCULOS, S.L., AVIS ALQUILE UN COCHE, S.A. y su matriz AVIS EUROPE OVERSEAS LTD, AUTOMOTIVECARS MÁLAGA, S.L. y su matriz IDAPI, S.A., así como la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE COCHES DE ALQUILER- Andalucía (AECA) y

la ASOCIACIÓN EMPRESARIOS DE VEHÍCULOS DE ALQUILER (AESVA), a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades desde el 27 de mayo de 2005 hasta octubre de 2011, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación de precios y de condiciones comerciales."

La resolución sancionadora resolvió que las empresas sancionadas han incurrido en una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE consistente en un cártel por el cual dichas empresas adoptaron acuerdos de prácticas concertadas para la fijación de precios y establecimiento de condiciones comerciales en el mercado de alquiler de coches sin conductor en el territorio nacional desde el 27 de mayo de 2005 hasta octubre de 2011.

SEGUNDO. - Declarar sujetos responsables de esta infracción de cártel de acuerdo con el artículo 61 de la LDC, a:

(...)

31. GOLDCAR SPAIN, S.L. y su matriz GOLDCAR RENTING, S.L., por los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Valencia, Islas Baleares y Cataluña, por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2005 y octubre de 2011.

(...)

TERCERO. - Imponer, como autoras de la conducta infractora declarada en el resuelve primero y en atención a la responsabilidad que corresponde a cada una de ellas conforme a lo establecido en el Fundamento de Derecho Octavo, las siguientes multas sancionadoras:

(...)

-- 15.456.219 euros a GOLDCAR SPAIN, S.L. y solidariamente a su matriz GOLDCAR RENTING, S.L."

(...)

2. Mediante Sentencia de 16 de marzo de 2016, la Audiencia Nacional, esta Sala (Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por GOLDCAR SPAIN y GOLDCAR RENTING .- (recurso 428/2013) contra la resolución de 30 de julio de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

3-Contra dicha Sentencia GOLDCAR SPAIN y GOLDCAR RENTING interpusieron recurso de casación (1269/2016).

4-Mediante sentencia de 4 de junio de 2018 el Tribunal Supremo desestimó dicho recurso.

5- Con fecha 11 de junio de 2013, en el marco del expediente S/0380/11, el Consejo de la CNC solicitó a las empresas sancionadas la siguiente información:

- Volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012.

- Volumen de negocios en España correspondiente al mercado de alquiler

de vehículos sin conductor a corto plazo entre los años 2005 y 2011, ambos incluidos, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

- Volumen de negocios en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Cataluña correspondiente al mercado de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo entre los años 2005 y 2011, ambos incluidos, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

5.- La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") dictó resolución el 11 de julio de 2019, en expediente VS/0380/11 - Coches de alquiler, en ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 (recursos 428/2013, 451/2013 y 505/2013) firmes, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013 (expte. S/0380/11, COCHES DE ALQUILER).

6- Estimando la Resolución de Recálculo contraria a Derecho, GOLDCAR interpuso contra la misma recurso contencioso-administrativo y, subsidiariamente, incidente de ejecución de sentencia, mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2019, no sin antes proceder al abono de la Sanción de Recálculo en fecha 13 de agosto de 2019.

7- Mediante Decreto de 23 de octubre de 2019, notificado el día 25 del mismo mes, se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo y se requirió a la CNMC la remisión del expediente administrativo a que se refiere el acto impugnado.



TERCERO. - Di sconforme con la resolución impugnada, la parte recurrente aduce que en el escrito de formalización de su demanda que dio origen a las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 y del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018, que GOLDCAR desarrolló un motivo relativo al eventual cálculo alternativo de la sanción para el caso de que no se considerase que el límite máximo de esta debía ser de 901.518 euros a consecuencia de la aplicación a las conductas de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, como legislación más favorable -lo cual no prosperó-

Que a tal efecto aportó como prueba al procedimiento el Informe sobre el "Mercado relevante y análisis de efectos en el sector de alquiler de coches en España", de fecha 5 de marzo de 2014, elaborado por NERA Consulting Group y el Dictamen Pericial Económico Forense emitido por el perito insaculado Don Javier, de fecha 3 de octubre de 2014

Expone que los citados informes periciales abordaban principalmente cuestiones económicas de especial interés en la determinación del tipo sancionador aplicable según los criterios establecidos en la LDC. y, entre otras:

- (i) La definición exacta de los mercados relevantes desde el punto de vista de producto y geográfico, en relación con el artículo 64.1.A de la LDC
- (ii) El alcance de la infracción en atención a la variabilidad de las cuotas de mercado y la existencia de estrategias comerciales diferenciadas e innovadoras, en relación con el artículo 64.1.C de la LDC.
- (iii) La duración de la infracción en cada uno de los mercados afectados, en relación con el artículo 64.1.D de la LDC.
- (iv) Los efectos de la infracción sobre los precios en atención al hecho de que los ingresos medios por día de alquiler de GOLDCAR no experimentaron incremento alguno durante los períodos temporales en la Resolución Original, en relación con el artículo 64.1.E de la LDC.
- (v) Los beneficios ilícitos supuestamente obtenidos en atención a los precios efectivos aplicados durante las conductas y los ingresos medios por contrato de alquiler antes, durante y después de las conductas, en relación con el artículo 64.1.F de la LDC

Dicho lo anterior, manifiesta que la trascendencia de los Informes Periciales en la determinación de la multa no ha sido analizada todavía en sede judicial al no haber sido preciso entrar en su examen en el momento del enjuiciamiento, pues tan pronto la Audiencia Nacional llegó al convencimiento de que las conductas eran merecedoras de reproche sancionador -tras examinar los restantes motivos de la demanda original-, se ordenó el recálculo de la Sanción Original por haber sido ésta fijada de acuerdo con la Comunicación de 6 de febrero de 2009, confirmándose en la propia sentencia que no se entraba a analizar los Informes Periciales aportados.

A continuación, opone como motivos de impugnación frente a la Resolución impugnada, los siguientes:

1-La resolución de recálculo infringe manifiestamente el deber de motivación que es exigible a la CNMC. Que no es posible conocer el íter intelectual o mecanismo lógico que lleva a concluir que el tipo sancionador ahora aplicable a GOLDCAR es el 8,2% de su volumen de negocios total en 2012, frente al intervalo de tipos sancionadores de [5,0-6,6]% aplicado a las restantes compañías. No establece la cuota de mercado individual de GOLDCAR, limitándose a señalar que la cuota de mercado que ostentaban conjuntamente las infractoras era "moderadamente alta", cuando además ni siquiera era el caso. Y no explica cómo ha sido estimado el beneficio ilícito, ni lo cuantifica, ni tampoco menciona cuál es el factor incremental de disuasión supuestamente empleado en la Sanción de Recálculo.

2-La resolución recurrida yerra en su evaluación de los criterios del artículo 64. 1 la LDC a los que debe atender la CNMC, y así:

(i) Por lo que se refiere al mercado afectado sostiene que el Informe NERA acredita que el mercado afectado por las iniciativas fue mucho más reducido y, concretamente, el de alquiler de coches vacacionales low-cost en cada uno de los concretos aeropuertos de Alicante, Palma de Mallorca, Málaga y Barcelona definición del mercado afectado.

(ii)Respecto de la cuota de mercado GOLDCAR y las empresas responsables (art. 64.1. B de la LDC) 42 expone que la Resolución de Recálculo yerra en la evaluación realizada por separarse incongruentemente de su propia definición de mercado con el resultado de penalizar aún más a las infractoras y, porque sus apreciaciones no son consistentes con los datos económicos sobre el sector que obran en poder de la CNMC. Denuncia que la Resolución de Recálculo acoge parcialmente la definición de mercado sugerida por las sancionadas y, para los restantes criterios, destierra completamente dicha definición. Lo que, además de suponer una incongruencia en la determinación de la Sanción de Recálculo, ha tenido como resultado la exageración de la cuota de

mercado de las sancionadas -recurriendo a una definición estrecha del mercado en lo que respecta al artículo 64.1.B de la LDC- y, a la vez, la ampliación de su alcance, entidad y supuestos efectos -recurriendo, para los restantes apartados del artículo 64.1 de la LDC, a una definición amplia del mercado-.

Añade que la cuota de mercado conjunta de las empresas responsables de las conductas objeto de análisis es muy limitada -y no "moderadamente alta" como sostiene la Resolución de Recálculo- en atención al hecho de que solo participaron en ellas 17 de las más de 1.800 empresas de alquiler de vehículos en España 25 48. En este sentido, cabe destacar que tal y como acredita el Dictamen Pericial, la facturación de GOLDCAR en los aeropuertos de Alicante, Palma de Mallorca, Málaga y Barcelona -ámbito geográfico coherente con la definición geográfica defendida por esta parte e, incluso, por la CNMC en el Expte. S/0404/12, Servicios Comerciales AENA- en 2012 fue de 51.028.523 euros frente al total de mercado de 1.250 millones que recoge el Estudio Sectores de DBK "Rent a Car". Es decir, la facturación de GOLDCAR en los citados aeropuertos apenas representaba el 4% del mercado del rent a car en España

(iii) Sobre el alcance de la infracción se aduce, con remisión a los informes aportados; que , ha sido, cuanto menos, muy limitado ya que durante el periodo analizado se produjo (i) una alta variabilidad de las cuotas de mercado -con múltiples entradas y salidas de operadores-, (ii) una alta variación de precios dependiendo de los distintos canales de contratación empleados y (iii) un despliegue de múltiples estrategias comerciales diferenciadas, lo que conjuntamente permite afirmar que existía una fuerte competencia tanto en el mercado como por el mercado.

(iv) Sobre la duración de la infracción, defienden que debió acotarse que para cada uno de los mercados afectados y así:

- Alicante y Palma de Mallorca: Desde el 27 de mayo de 2005 hasta el 28 de diciembre de 2006; y desde el 5 de febrero de 2008 hasta octubre de 2011.
- (ii) Málaga: Desde el 2 de abril de 2009 hasta el 1 de marzo de 2011.
- (iii) Barcelona: Desde el 1 de febrero de 2011 hasta octubre de 2011, (

(v) Respecto de los efectos de la infracción, con remisión a los informes aportados, sostienen que , si bien el hecho de que la evidencia empírica demuestre que las conductas analizadas en la Resolución Original y sancionadas en la Resolución de Recálculo no tuvieron efectos sobre la competencia no impide que GOLDCAR sea sancionada, la CNMC no puede hacer caso omiso a tal circunstancia para fijar el tipo sancionador, y mucho pretender que tal arbitrariedad no amparada por la LDC quede fuera del ámbito de la revisión judicial en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE.

(vi) Sobre los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción denuncia que la Resolución de Recálculo no hace siquiera la más mínima aproximación a la estimación del beneficio ilícito como consecuencia de la infracción, limitándose a señalar que "se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito [...] bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial. Y añade que la Resolución de Recálculo admite no haber utilizado el beneficio ilícito más que para "estimar un límite de proporcionalidad que pueda utilizarse como referencia para cada una de las empresas implicadas", lo cual supone un reconocimiento expreso de la CNMC de haberse apartado del artículo 64.1.F de la LDC.

Por lo demás recuerda que el Informe NERA deja poco lugar a la especulación sobre los supuestos beneficios ilícitos cuando afirma que: "Con la excepción de algunos pocos casos, la rentabilidad de la mayor parte de las empresas en el sector de alquiler de coches a corto plazo ha sido muy baja o negativa en el periodo 2005-2010 lo que, de nuevo, es inconsistente con un eventual acuerdo de fijación de precios con efectos sobre el mercado. La falta de beneficios ha llevado incluso a algunas empresas a salir del mercado. Todo esto contradice las afirmaciones de la CNC de que el cártel habría impactado positivamente en los beneficios de las empresas."

3-Denuncia que la sanción impuesta es desproporcionada manifiesto y arbitrariedad en la interpretación que realiza la CNMC de los criterios de determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC, que es completamente incomprensible e incompatible con: (i) las resoluciones de ejecución emitidas contra otras de las empresas sancionadas en el expediente; y (ii) con el resto de resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC posteriores al 29 de enero de 2015.

El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO. - Corresponde examinar si la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario 428/2013, se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015.



Con carácter previo debemos precisar que la resolución recurrida parte de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución 30 de junio de 2013, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia dictada en su día, por esta Sala.

Pues bien, la CNMC, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte de los criterios interpretativos que, para la cuantificación de la multa, proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

"- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *"constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje"*. *"Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen". Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 .

-Sobre la base de estas premisas, cabe deducir que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de dictarse resolución.

Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC "

Tras ello, recoge que *" La infracción que acredita la resolución de 30 de julio de 2013 (y que ha confirmado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo) de la que son responsables, entre otras, (...) GOLDCAR SPAIN y solidariamente su matriz GOLDCAR RENTING, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la entidad infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.*

Atendiendo al volumen de negocio total de las empresas en 2012 (que respecto de la aquí recurrente es de 154.562.190 euros), señala que el porcentaje sancionador a aplicar debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 30 de julio de 2013.

A tal efecto recuerda que las infractoras son responsables de adoptar acuerdos para fijar precios mínimos y establecer determinadas condiciones comerciales en el mercado de alquiler de vehículos *sin* conductor en distintos puntos de España. Que el mercado afectado por la conducta es el mercado de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo (art. 64.1.a).

Recoge que, en relación con la cuota de mercado (art. 64.1.b), la resolución original indicaba que: *" No existe en el expediente referencia concreta a la cuota conjunta de las empresas imputadas en el mercado, salvo la referencia genérica a que las Comunidades Autónomas más afectadas son Cataluña, Valencia, Andalucía y Baleares, donde se concentra el 80% de las empresas dedicadas al alquiler de vehículos"* , pero que, sin embargo, tomando en consideración las cifras aportadas por la Dirección de Investigación, acogidas por el Consejo de la CNC, teniendo en cuenta las empresas especializadas en el alquiler de vehículos para el sector turístico, y en particular las especializadas en la venta a bajo precio entre 2005 y 2010, las empresas RECORD, GOLDCAR, CENTAURO, AURIGACROWN y SOLMAR, jugarían un papel predominante. Así en el año 2009, si bien las empresas especializadas en el sector turístico de las interesadas en el expediente tendrían una cuota cercana al 30% del mercado total de alquiler de coches sin conductor, si el cálculo se centra las empresas



especializadas en "low cost" especializado en bajo precio esta cuota de mercado se incrementaría por encima del 60%.

Por ello concluye que, en todo caso, que la cuota de mercado que ostentaban conjuntamente las infractoras era moderadamente alta, apreciación también recogida en la resolución recurrida y, además, confirmada por la revisión jurisdiccional, por lo que no procede tener en cuenta la alegación de la recurrente en cuanto a que la cuota de mercado conjunta de las infractoras es muy limitada.

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta (art. 64.1.c), el Consejo de la CNC consideró que es supraautonómico. Rechaza la resolución recurrida la alegación de Goldcar sobre que el " *mercado afectado por las iniciativas debería circunscribirse al de alquiler de coches vacacionales en los concretos aeropuertos de Alicante, Palma de Mallorca, Málaga y Barcelona*", recordando que los tribunales han corroborado los hechos acreditados, así como la definición y características de la infracción y del mercado afectado descritos en la Resolución original.

En relación con el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores (art. 64.1.e), se recuerda en la resolución impugnada que todo cartel es una infracción por objeto, y que por su propia naturaleza produce un falseamiento significativo de la competencia sumamente perjudicial para el público en general, ya que ha producido un mantenimiento artificial del precio de los servicios, precios que bajaron significativamente tras la finalización del cártel con las primeras inspecciones realizadas en octubre de 2011 y que el Consejo de concluyó que : " *Por tanto a juicio del Consejo ha quedado acreditado que el cártel objeto de este expediente se ha implementado y ha producido un mantenimiento artificial del precio de los servicios de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo en las zonas afectadas por la infracción, que ha beneficiado exclusivamente a las empresas miembros del cártel, como por lo demás ellas mismas reconocen*". (p. 192 de la Resolución original)

Y añade que también el Consejo determinó que "(...) *se aprecia pues que los precios habrían bajado significativamente tras la finalización del cártel con las primeras inspecciones de la CNC en octubre de 2011, y que, con toda seguridad, dichos precios durante la vigencia del cártel fueron superiores a los que se habrían fijado en una situación de libre competencia*".

Recoge que, como, también se consigna en la Resolución original, las partes se reunieron de manera periódica con una frecuencia casi mensual. Que mantuvieron constante contacto entre ellas, muchas veces a raíz de la estrecha vigilancia a la que eran sometidos los acuerdos ya que, una vez se detectaba que una de las partes no cumplía con lo estipulado, se procedía a corregir ese comportamiento. Y destaca que los efectos producidos afectaron, en última instancia, a uno de los sectores más importantes de la economía española, como es el turístico.

Se reitera que el incumplimiento de los acuerdos no exime a las empresas de la responsabilidad incurrida por lo que el hecho de que en algunas ocasiones GOLDCAR se apartase de algunos acuerdos de fijación de precios no altera su responsabilidad pues era precisamente a partir del conocimiento del acuerdo previamente adoptado lo que la colocaba en una posición de ventaja para adoptar, a su vez medidas que la otorgaban una posición prevalente en el mercado. En consecuencia, se rechaza la alegación de GOLDCAR sobre la ausencia de efecto en el mercado de la conducta sancionada,

Dicho lo anterior, se consigna en la resolución recurrida que el conjunto de factores expuestos -conducta deliberada, gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado y participación en la conducta- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta, fijándose el tipo al en este caso el tipo general se fijó en un 5,0%. Añade que el FD 2º de la STS, de 29 de enero de 2015, insiste en que la potestad sancionadora debe tener en cuenta "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".

A efectos de la individualización de las sanciones, recoge la cuantificación del volumen de negocio del mercado afectado (VNMA), (de 430.088.357 para Goldcar) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo (36,35 para la recurrente).

Destaca que, por lo que aquí interesa, que el porcentaje de participación en la facturación total en el mercado afectado de Goldcar, es de las más elevadas de todas las infractoras sancionadas en la Resolución original, situándose en tercer lugar, a mucha distancia de la siguiente empresa, que no llegó al 6% del VNMA total.

No se aprecian circunstancias atenuantes ni agravantes.



A continuación se fija el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella., que para Goldcar fue del 8,2%, explicando que las diferencias entre las cuotas de participación justifican la diferencia en los tipos sancionadores aplicados.

Rechaza la alegación de Goldcar a cuyo tenor su tipo sancionador debería situarse entre el 0% y el 3,33% apoyándose en varias resoluciones sancionadoras en las que se aplicaron tipos sancionadores relativamente reducidos (Fabricantes de Automóviles, Fabricantes de Turrón e Industrias Lácteas). Sostiene la resolución impugnada que cuando comparamos varios expedientes, la jurisprudencia corrobora que las multas impuestas en cada expediente no son comparables entre sí, excepto en el caso en que las circunstancias concretas de esos expedientes sean idénticas.

Por lo demás, explica que la utilización del volumen total de ventas de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción. Que, en este sentido, se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial) y aplicarle un factor incremental de disuasión. Que esta comprobación final de la proporcionalidad de la multa se hace necesaria porque, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Pero que en el caso de GOLDCAR SPAIN, las sanciones que les corresponden de acuerdo con las características de la infracción cometida y de su participación en ella, son significativamente inferiores a los respectivos límites de proporcionalidad estimados para cada una de ellas

Recoge la resolución recurrida que la recurrente cuestiona la existencia de beneficios ilícitos con el apoyo de un informe económico pero que, sin embargo, estas alegaciones son irrelevantes en esta resolución de recálculo. Que no es posible volver a cuestionar en esta fase del procedimiento, después de la confirmación jurisdiccional de la infracción acreditada por la CNC, si hubo o no infracción, o cualesquiera otros hechos acreditados que ya han sido confirmados por la Audiencia Nacional, no solo en las sentencias que afectan a la recurrente, sino en otras sentencias relacionadas con la misma resolución original. Añade que ya se ha mostrado que la sentencia de la Audiencia Nacional considera que los efectos de un cártel deben asumirse como producidos, independientemente de su cuantificación.

Añade que el beneficio ilícito potencial sólo ha sido utilizado para estimar un límite de proporcionalidad que pueda utilizarse como referencia para cada una de las empresas implicadas y que cualquier estimación del beneficio ilícito potencial, por muy conservadora que sea, incluso usando los beneficios antes de impuestos recogidos en el informe económico para el periodo 2005-2010, estimaría un límite de proporcionalidad muy superior a las multas impuestas para las tres empresas objeto de recálculo en esta resolución, por lo que el riesgo de que estas multas sean desproporcionadas es inexistente y que las sanciones que corresponden a las empresas recalculadas, son inferiores a las respectivas multas impuestas en la resolución original, por lo que no hay reformatio in peius.

QUINTO.- Expuestos los términos del debate daremos respuesta a los motivos de impugnación articulados en la demanda y, así, por lo que se refiere a la motivación de la sanción, la resolución recurrida, explica cuál ha sido el razonamiento empleado para fijar el importe de la multa frente a la que se recurre por la parte recurrente:

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, *"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 la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador 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)." Así las cosas, esta Sala no comparte con la recurrente que la determinación de la sanción no resulte motivada pues como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C- 295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."

Pues bien, respecto del tipo sancionador aplicado a la recurrente, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo y explica la resolución recurrida que resulta de la gravedad y circunstancias de la conducta, de la actora y de su participación en la infracción, y que diferencias de las cuotas de participación explican la diferencia en los tipos sancionadores aplicados a cada empresa.

A estos efectos señala que el porcentaje de participación en la facturación total en el mercado afectado de Goldcar, es de las más elevadas de todas las infractoras sancionadas en la Resolución original, situándose en tercer lugar, a mucha distancia de la siguiente empresa, que no llegó al 6% del VNMA total.

Por lo demás, convenimos con la resolución impugnada en que la disconformidad a derecho del tipo sancionador aplicado a una empresa no puede venir determinado por la comparación con el de otras empresas sancionadas en el mismo o en otro expediente por cuanto que para llegar a esta conclusión sería preciso acreditar que en los casos comparados las circunstancias concurrentes son idénticas, prueba que no se ha aportado en el caso que ahora examinamos.

SEXTO. - Los motivos de impugnación referidos a la correcta delimitación del mercado afectado y del mercado geográfico han de ser desestimados por tratarse de cuestiones que exceden del contenido de la resolución recurrida, por cuanto que esta se limita a recoger las definiciones del mercado recogidas en la resolución sancionadora y conformados por esta Sala

Por lo demás, cumple manifestar que la resolución recurrida asume la duración de la infracción considerada en la resolución recurrida y ratificada por esta Sala y que, en consecuencia, no puede ser modificada en ejecución.

SÉPTIMO. - Por cuanto se refiere a la cuota de mercado de la recurrente en el mercado afectado, la resolución recurrida, como ya hemos consignado, recoge que, efectos de la individualización de las sanciones, recoge que la participación de Goldcar en el volumen de negocio del mercado afectado (VNMA), fue de 430.088.357 y su cuota de participación del 36,35.

La recurrente sostiene que la facturación de GOLDCAR en los aeropuertos de Alicante, Palma de Mallorca, Málaga y Barcelona fue de 51.028.523 euros frente al total de mercado de 1.250 millones que recoge el Estudio Sectores de DBK "Rent a Car".²⁷ Es decir, que la facturación de GOLDCAR en los citados aeropuertos apenas representaba el 4% del mercado del rent a car en España. Sin embargo, este dato atiende a un mercado geográfico limitado a los aeropuertos de Alicante, Palma de Mallorca, Málaga y Barcelona, que no es el mercado geográfico considerado en la resolución sancionadora.

Por lo demás, no ha desvirtuado la mercantil actora que su participación en el volumen de negocio del mercado afectado (VNMA), fue de 430.088.357 y su cuota de participación del 36,35.

A lo dicho cabe añadir la resolución recurrida, como hiciera la resolución original, concluye que la cuota de mercado de las empresas participantes en la conducta es solo moderadamente alta por lo que carece de trascendencia anulatoria las alegaciones de la recurrente sobre *la cuota conjunta de las empresas imputadas en el mercado, y al hecho de que se haya hecho referencia a que "si bien las empresas especializadas en el sector turístico de las interesadas en el expediente tendrían una cuota cercana al 30% del mercado total de alquiler de coches sin conductor, si el cálculo se centra las empresas especializadas en "low cost" especializado en bajo precio esta cuota de mercado se incrementaría por encima del 60%.*", para concluir que la cuota de mercado que ostentaban conjuntamente las infractoras era moderadamente alta. Ahora bien, lo decisivo es que a la



hora de calcular la cuota de participación de cada empresa en el mercado afectado se haya tenido en cuenta el mercado afectado descrito en la resolución sancionadora y en el caso que examinamos, la actora no ha cuestionado este hecho.

Sobre esta cuestión, como expone el Abogado del Estado, la alegación de que la cuota de las empresas infractoras es muy limitada porque únicamente son 17 en un mercado con más de 18.000 empresas es totalmente contraria a la lógica económica, sin que sea relevante el número de empresas que haya en el sector, sino la importancia relativa que tiene cada una de ellas.

OCTAVO.- Respecto de los motivos de impugnación que sostienen la ausencia de efectos de la conducta sancionada, porque que los precios medios por día de la recurrente no experimentaron incremento, cumple manifestar que la resolución sancionadora no se pronuncia sobre esta cuestión, limitándose a manifestar que todo cartel es una infracción por objeto, y que por su propia naturaleza produce un falseamiento significativo de la competencia sumamente perjudicial para el público en general, ya que ha producido un mantenimiento artificial del precio de los servicios, precios que bajaron significativamente tras la finalización del cártel con las primeras inspecciones realizadas en octubre de 2011.

A tal efecto, en la resolución originaria se recoge una tabla comparativa en relación con el precio mínimo neto que acordaron las entidades participantes en el cártel para el coche de la gama más pequeña en temporada media, de Semana Santa hasta verano, en Málaga (párr. 331 PR), donde se indican también las reuniones en las que se adoptaron dichos precios y señala que de la misma se deduce el efecto de mantenimiento artificial del precio derivado de los acuerdos del cártel, apreciándose una subida en el periodo que AECA coordinó el funcionamiento del cártel un descenso posterior, debido a la crisis y a la competencia de otras empresas de alquiler de coches como ADVANTAGE (filial de HERTZ), que no estaba en el cártel.

Añade que estos precios del cártel distan mucho con el publicado, por ejemplo, por el bróker TRAVELJIGSAW de coches de alquiler de GOLDCAR a 26 euros, antes, durante y después de la Navidad de 2011, según resulta del correo electrónico de 14 de diciembre de 2011; es decir, con fecha posterior a las 205 primeras inspecciones realizadas por la CNC el 26 de octubre de 2011 (en las sedes de AURIGACROWN, NIZA, GOLDCAR, DRIVALIA y RECORD-GO), habiéndose recabado dicho documento con ocasión de las segundas inspecciones realizadas por la CNC el 11 de enero de 2012 en AECA, FLORENCIO BARRERA, CENTAURO (sede en la que se recabó el correo referido) y GUERIN.

Destaca que en la temporada de Navidad los precios son más caros que en temporada media, que es la que la DI ha tomado como referencia en el cuadro comparativo anterior. Siendo así, se aprecia pues que los precios habrían bajado significativamente tras la finalización del cártel con las primeras inspecciones de la CNC en octubre de 2011, y que, con toda seguridad, dichos precios durante la vigencia del cártel fueron superiores a los que se habrían fijado en una situación de libre competencia. Por tanto, los acuerdos adoptados por el cártel tuvieron efectos en el mercado, disminuyendo la incertidumbre de las empresas imputadas en relación con los precios y condiciones comerciales que iban a aplicar sus competidores participantes en el cártel, lo que dio lugar a la fijación de precios más elevados.

Añade que aunque sería muy difícil predecir cuál habría sido el resultado en el mercado si las entidades del cártel hubieran actuado en un entorno de rivalidad competitiva, todo hace suponer que el mercado de alquiler de vehículos sin conductor se hubiera comportado de forma distinta si los acuerdos no se hubieran adoptado, pues los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales tienen un efecto directo en la demanda de los productos afectados por el cártel, si bien no es posible cuantificar la diferencia entre el nivel de precios resultante y el que habría resultado de un entorno competitivo entre las empresas imputadas. No obstante, es indudable que como resultado de los acuerdos adoptados no actuó el juego de la libre competencia durante los años de vigencia del cártel, y que la implantación de los acuerdos del cártel condujo a precios supracompetitivos que, como tales, han producido efectos negativos sobre el usuario de servicios de alquiler de coches sin conductor a corto plazo durante la vigencia del cártel, así como también respecto de sus empresas competidoras.

La resolución ahora recurrida asume estas consideraciones que no han quedado desvirtuadas en el informe de NERA aportado por la recurrente en el que, con ocasión de examinar los efectos de la conducta colusoria, se afirma que el examen de la evolución de los ingresos medios por día de alquiler de GOLDCAR muestra un comportamiento incoherente con la existencia de un proceso de coordinación o de fijación de precios, con lo que se viene a cuestionar la existencia de la práctica colusoria que ha sido declarada probada en la sentencia que la resolución recurrida viene a ejecutar y que, por tanto, no puede volver a ser cuestionada.

NOVENO.- Por lo demás, la resolución se realiza una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, (beneficio ilícito potencial) únicamente para realizar la comprobación final de proporcionalidad de la sanción, al que aplica un factor incremental



de disuasión y concluye que no procede realizar ajuste de proporcionalidad en ninguna de las empresas cuyas sanciones son objeto de recálculo en esta resolución por estar todas ellas por debajo del límite de proporcionalidad.

Pues bien, respecto del beneficio ilícito potencial como límite de proporcionalidad, la resolución ha indicado que viene referido a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante), lo que a juicio de la Sala resulta suficiente en la medida en que se trata de una estimación y no de una determinación o "cálculo", ya que supone la necesidad de contemplar escenarios alternativos que no se han dado en la realidad, por lo que las autoridades de competencia deben contar con cierto margen de discrecionalidad al estimar el beneficio ilícito.

DÉCIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por el procurador el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **Goldcar Spain, S.L. y Aligrupo Business Opportunities, S.L.** (anteriormente Goldcar Renting, S.L. y, posteriormente, Alcor Sociedad Estratégica, S.L.), antigua matriz de Goldcar Spain, S.L, frente a la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 11 de julio de 2019, expediente VS/0380/11 - Coches de alquiler, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 3.619.161 euros, en ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 (recursos 428/2013, 451/2013 y 505/2013) firmes, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013 (expte. S/0380/11, COCHES DE ALQUILER). y, en consecuencia, se confirma por se conforme a Derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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