

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0506/14 Concesionarios VOLVO)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà
D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García - Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de julio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/0506/14 Concesionarios VOLVO, incoado por la Dirección de Competencia contra varios concesionarios de la marca, por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).

HECHOS

I.- ANTECEDENTES

1. Tras haber tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el número S/0471/13, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador.

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

2. El 17 de junio de 2013 la Dirección de Investigación notificó a ANT la devolución de la documentación original en formato papel retenida durante la inspección realizada en su sede y trasladada a la CNC en el ejercicio de lo dispuesto en el artículo 40.2.d) de la LDC, indicándole cuál de esta documentación iba a ser incorporada a la información reservada S/0471/13, solicitándole su pronunciamiento sobre la confidencialidad de la documentación incorporada.
3. El 5 de julio de 2013 tuvo entrada escrito de ANT solicitando confidencialidad de la documentación en formato papel procedente de la inspección realizada en la sede de ANT e incorporada por la Dirección de Investigación a la información reservada S/0471/13, aportando las correspondientes versiones censuradas.
4. El 26 de julio de 2013 la Dirección de Investigación requirió a ANT información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor.

Con fecha de 8 de agosto de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de ANT de contestación al citado requerimiento de información realizado (folios 304 a 311).

5. El 21 de febrero de 2014 la Dirección de Competencia notificó a SWEDISH CARS, S.L. (SWEDISH CARS), TURISMOS MADRID, S.A. (TURISMOS MADRID), AUTO ELIA, S.A. (AUTO ELIA), BATTICALOA INVERSIONES, S.L. (BATTICALOA), SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A. (SERVAUTO), SIMPSON CARS, S.L. (SIMPSON CARS) y TIBERMOTOR SUR, S.A. (TIBERMOTOR) un requerimiento de información relativo a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor.
6. Con fecha de 7 de marzo de 2014 tuvo entrada en la CNMC contestación de AUTO ELIA (folios 331 a 397) y de SWEDISH CARS, S.L., (folios 408 y 409), el 13 de marzo de SERVAUTO (folios 410 a 6024), el 17 de marzo de TIBERMOTOR (folios 6041 a 6059) y el 18 de marzo de 2014 la contestación de BATTICALOA (folios 6060 a 6064) a los citados requerimientos de información.
7. El 11 de abril de 2014 la Dirección de Competencia requirió a AUTO SAENZ, S.A., AUTOCAT, S.L., COMERCIAL AUTOCENTRO, S.A., DISELAUTO, S.L., RONDA 15, S.L., SALA MOTORS, S.A., TURISMES GIRONA, S.A. y TURISMES VALLES, S.A. información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor.
8. Con fecha 28 de abril de 2014 tuvo entrada en la CNMC contestación de TURISMES GIRONA, S.A. al requerimiento de información (folios 6084 a 6098).
9. El 30 de abril de 2014 la Dirección de Competencia notificó a ANT la apertura de las diligencias previas y la incorporación a las mismas de los documentos recabados en la inspección de su sede los días 4 y 5 de junio de 2013, relativos a posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos a motor de la marca VOLVO, solicitando que se pronunciara sobre la confidencialidad de los mismos, aportando, en su caso, versión censurada.
10. El 5 de mayo de 2014 tuvo entrada en la CNMC contestación de TURISMES VALLES, S.A. (folios 6338 a 6352) y el 8 de mayo de RONDA 15, S.L. (folios 6353

a 6379) al requerimiento de información de la Dirección de Competencia de 11 de abril de 2014.

11. El 26 de mayo de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de ANT de solicitud de confidencialidad de parte de la documentación electrónica incorporada al expediente, adjuntando versiones censuradas (folios 6387 a 6420).
12. El 11 y el 24 de septiembre de 2014 la Dirección de Competencia requirió a AUTO ELIA, SERVAUTO, SWEDISH CARS, TURISMOS MADRID, BATTICALOA y TIBERMOTOR información relativa a su zona de influencia y las facturas emitidas por la venta de determinados modelos de la marca VOLVO durante 2011 y 2012.
13. El 19 de septiembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación de SERVAUTO (folios 6435 a 6477), el 22 de septiembre de SWEDISH CARS (folios 6688 a 6778), el 23 de septiembre de AUTO ELIA (folios 6779 a 7285), el 30 de septiembre de BATTICALOA (folios 7292 a 7300) y el 6 de octubre de TIBERMOTOR (folios 7301 a 7517) a los requerimientos de información realizados el 11 y el 24 de septiembre de 2014.
14. El 21 de octubre de 2014 la Dirección de Competencia requirió a TURISMOS MADRID información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor, así como sobre la zona de influencia de su concesionario, a efectos de ventas de turismos de la marca VOLVO y que aportase en formato electrónico las facturas emitidas por la venta de determinados modelos de la marca VOLVO durante 2011 y 2012.
15. El 18 de diciembre de 2014 la Dirección de Competencia requirió a SIMPSON CARS información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor.
16. El 19 de diciembre de 2014, sobre la base de la información reservada realizada, la Dirección de Competencia observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC por lo que, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0506/14 Concesionarios VOLVO contra A.N.T SERVICALIDAD, S.L. y los siguientes concesionarios independientes distribuidores de la marca VOLVO: AUTO ELÍA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L. y TIBERMOTOR SUR, S.A., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.
17. El 12 de enero de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación al requerimiento de información de SIMPSON CARS (folios 7536 a 7543), solicitando la confidencialidad y sin aportar versiones censuradas, por lo que el 14 de enero de 2015 la Dirección de Competencia le requirió para que subsanara la confidencialidad solicitada (folios 7544 a 7547).
18. Una vez transcurrido dicho plazo sin recibir comunicación al efecto de parte de SIMPSON CARS, la Dirección de Competencia procedió a incorporar a la parte pública del expediente la documentación referida con fecha 6 de febrero de 2015, notificándolo a todos los interesados (folios 7548 a 7550.1).

- 19.** El 23 de marzo de 2015 la Dirección de Competencia comunicó a BATTICALOA, SERVAUTO y TBERMOTOR la confidencialidad de determinada información aportada por dichas empresas en contestación a sus requerimientos de información, en concreto la referida a los datos personales de clientes particulares incluidos en las facturas, aportando las versiones censuradas de oficio por la Dirección de Competencia (folios 7689 a 8160).
- 20.** Con fecha 26 de marzo de 2015 la Dirección de Competencia requirió información a VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U. (VOLVO ESPAÑA) en relación con su política de distribución.
- 21.** Con fecha 6 de abril de 2015 la Dirección de Competencia comunicó a AUTO ELIA la declaración de confidencialidad respecto de determinada información aportada por dichas empresas en contestación a sus requerimientos de información y de la que no habían solicitado confidencialidad alguna, al considerar que la misma contenía información de carácter confidencial, en concreto la referida a los datos personales de clientes particulares incluidos en las facturas y que había permanecido hasta dicha fecha en el correspondiente tomo confidencial, aportando las versiones censuradas de oficio por la Dirección de Competencia (folios 8185 a 8489).
- 22.** El 15 de abril de 2015 se recibió contestación de VOLVO ESPAÑA al requerimiento de información (folios 8490 a 8638), solicitando su confidencialidad sin aportar versiones censuradas, por lo que el 6 de mayo la Dirección de Competencia le requirió que subsanara.
- 23.** El 4 de mayo de 2015 la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerarse que las mismas se extienden al periodo de vigencia de dicha ley.
- 24.** El 27 de mayo de 2015 la Dirección de Competencia notificó a VOLVO ESPAÑA el acuerdo por el que se declaraba la no confidencialidad de la información aportada, al no haber contestado al requerimiento de subsanación de 6 de mayo de 2015.
- 25.** El 10 de junio de 2015 la Dirección de Competencia requirió información al administrador concursal de TURISMOS MADRID (folios 8712 a 8714) con el fin de que informara a esta Dirección de Competencia de la situación en la que se encuentra TURISMOS MADRID. El 17 de junio de 2015 se recibió contestación de la administración concursal de TURISMOS MADRID, informando que la citada empresa se encuentra en fase de liquidación acordada mediante auto del Juzgado Nº 1 de lo Mercantil de Madrid de 12 de junio de 2014, declarando disuelta la empresa e informando que se encuentra a la espera de que el Plan de Liquidación presentado sea aprobado por el Juez de lo Mercantil, de cara a llevar a cabo las operaciones de liquidación previstas (folios 8743 a 8747).
- 26.** Con fecha 9 de julio de 2015 (folios 8776 a 8777), reiterado posteriormente el 28 de julio (folios 8781 a 8783) y el 21 de agosto de 2015 (folios 8789 a 8790), se requirió información al administrador concursal de SIMPSON CARS, S.L.U. con el fin de conocer la situación jurídica de la misma, en concreto, si la citada empresa continúa con su actividad o ha optado por la liquidación como consecuencia del auto de declaración del concurso de 2 de diciembre de 2013 dictado por el Juzgado Nº 2 de lo Mercantil de Madrid.

- 27.** Con fecha 10 de septiembre de 2015 la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación contra el Director General de una de las empresas incoadas, TBERMOTOR SUR, S.A., al desprenderse de la documentación obrante en el expediente y obtenida durante la instrucción del mismo, su participación directa en el diseño e implementación de las conductas objeto de sanción en este expediente, consistentes en la fijación de precios, condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO.
- 28.** Con fecha 14 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (folios 8834 a 8887), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas.
- 29.** Con fecha 18 de diciembre de 2015, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento (folios 9937 a 10056), que fue debidamente elevada a la Sala de Competencia con fecha 21 de enero de 2016 (folio 10200).

Todas las partes han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución.

- 30.** Con fecha 17 de marzo de 2016, la Sala de Competencia adoptó un acuerdo por el que se requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocios total en el año 2015, así como el volumen de negocios en el mercado de la distribución de vehículos a motor nuevos de la marca VOLVO en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla la Mancha, total y desglosado por modelos en los ejercicios 2009, 2010 y 2011 (folios 10478 a 10480).

Con el citado acuerdo se suspendió el plazo del procedimiento, levantándose posteriormente la suspensión mediante acuerdo de fecha 5 de abril de 2016, con efectos el mismo día (folio 10515).

- 31.** Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por el Consejo en su sesión de 12 de julio de 2016.
- 32.** Son partes interesadas en el procedimiento las que se citan a continuación.
1. A.N.T. SERVICALIDAD, S.L.
 2. AUTO ELIA, S.A.
 3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L.
 4. SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.
 5. SIMPSON CARS, S.L.U.
 6. TBERMOTOR SUR, S.L.
 7. Director General de TBERMOTOR

II. LAS PARTES

1. A.N.T. SERVICALIDAD, S.L.

A.N.T. SERVICALIDAD, S.L. (ANT) fue constituida en el año 2000, encontrándose su domicilio en C/Torres Quevedo 105, 03204 Elche (Alicante). Su objeto social consiste,

entre otros, en la prestación a empresas de servicios de atención al cliente, estudios de mercado y similares.

En concreto, en relación a los tipos de servicios que ANT ofrece a las empresas distribuidoras de vehículos de motor, ANT ha establecido las siguientes categorías de servicios¹:

- a. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para marcas de automoción. En este tipo de servicios ANT evalúa la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, entregando al cliente un informe cualitativo del seguimiento del proceso completo de venta, desde la llamada del cliente para quedar con el vendedor, hasta el presupuesto realizado por el comercial y la llamada de seguimiento para conocer la decisión de compra del cliente.
- b. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso, analizando la calidad en la atención al cliente adjuntando en los resultados de su trabajo de investigación la oferta económica que le ha sido presentada para que el cliente pueda comprobar cómo actúan sus comerciales.
- c. Evaluaciones de Comprador Misterioso, en los que ANT elabora informes en los que se analiza la actuación de un comercial al realizar el proceso de venta de un vehículo.
- d. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para concesionarios que quieren evaluar a su competencia (otras concesiones de su zona) y conocer las técnicas de venta que utilizan y las ofertas que dan.
- e. Análisis de ventas perdidas, para conocer los motivos por los que un cliente finalmente no compró en determinada concesión.
- f. Recuperación de clientes de taller, mediante llamadas para ofrecer una promoción en particular y conseguir que vuelvan al taller a realizar sus revisiones.
- g. “Mystery calling” a talleres y a ventas, para evaluar la calidad del servicio telefónico, plazos para ofrecer citas y las ofertas que se realizan.
- h. Formación. Ofrecida a través de “freelance” independientes para que las empresas mejoren los aspectos más débiles detectados en la atención al cliente.

2. AUTO ELIA, S.A.

AUTO ELIA, S.A., con domicilio social en Vía Complutense, nº 121 (28805) en Alcalá de Henares (Madrid)², fue constituida en 1991³. Su objeto social es la compraventa y comercialización de toda clase de vehículos y de recambios, repuestos y accesorios para los mismos, así como su reparación. Las sedes de AUTO ELIA se encuentran

¹ Información aportada por ANT en contestación a requerimiento de información realizado (folios 304 a 311).

² Información aportada por AUTO ELIA en contestación al requerimiento de información realizado (folio 331).

³ Información procedente de la base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 7600).

localizadas en Madrid, Guadalajara y Segovia, indicando este concesionario que su área de influencia coincide con las citadas provincias⁴.

3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L.

BATTICALOA INVERSIONES, S.L. (BATTICALOA) también conocida como BATTINVER, con domicilio social en la C/Pedro Justo Dorado Dellmans, 6 (28040) Madrid, fue constituida el 4 de abril de 2008, si bien comenzó su actividad comercial el 1 de enero de 2009, dedicándose desde esa fecha a la venta de vehículos turismo de la marca VOLVO nuevos y de vehículos de ocasión. Su objeto social consiste, entre otras, en la venta de automóviles y servicio de los mismos⁵.

Las sedes de BATTICALOA se encuentran localizadas en Madrid, si bien como ha señalado en contestación al requerimiento de información realizado, opera a nivel nacional, sin que tenga asignado por contrato un área de influencia⁶.

4. SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.

SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A. (SERVAUTO), con domicilio en Ronda del Carralero s/n, Edificio Movilcar, Polígono El Carralero, (28220) Majadahonda, Madrid, fue constituida el 29 de noviembre de 1961. El objeto social de SERVAUTO es la venta y reparación de vehículos de la marca VOLVO desde mayo de 2001.

5. SIMPSON CARS, S.L.U.

SIMPSON CARS, con domicilio en Carretera de La Coruña, Km 26, Las Rozas, Madrid, fue constituida el 5 de octubre de 1988. El objeto social de SIMPSON CARS, tal y como está recogido en sus Estatutos sociales, incluye toda clase de actividades industriales, comerciales y de asesoramiento, relacionadas con el mercado de los automóviles, motocicletas y demás vehículos a motor, así como sus accesorios, útiles, repuestos y maquinaria. Dichas actividades incluyen las de importación y exportación de dichos productos y de sus accesorios.

6. TIBERMOTOR SUR, S.L.

TIBERMOTOR con domicilio social en la Carretera de Toledo en el Km 14,400 (28905), Getafe, Madrid, fue constituida el 3 de mayo de 2006, fusionándose el 20 de septiembre de 2013 con Remolcauto, S.L. El objeto social de TIBERMOTOR es la venta y reparación de vehículos de la marca VOLVO. Las sedes de TIBERMOTOR se encuentran localizadas en Madrid, extendiendo su área de influencia a todo el territorio nacional.

A los efectos de analizar la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación al Director General/Gerente de TIBERMOTOR SUR, S.A.

⁴ Información aportada por AUTO ELIA en contestación al requerimiento de información realizado (folios 331 y 6779).

⁵ Información obtenida de la Base de Datos INFORMA (folio 7591) y contestación de BATTICALOA al requerimiento de información realizado (folios 6060 y 6061).

⁶ Información aportada por BATTICALOA en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6063 y 7292).

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

a) Marco normativo

Tradicionalmente el sector del automóvil ha gozado de una atención especial por parte de las autoridades de competencia⁷, estando sujeto a reglamentos específicos de exención por categorías desde 1985. Los acuerdos verticales sujetos a tales exenciones serían aquéllos relativos a la compra, venta o reventa de vehículos de motor nuevos, los relativos a la compra, venta o reventa de recambios para los vehículos de motor y los relativos a la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de estos vehículos cuando tales acuerdos sean celebrados entre empresas no competidoras, entre determinadas empresas competidoras o por determinadas asociaciones de minoristas o talleres de reparación.

En este sentido, hay que destacar el Reglamento (UE) nº 330/2010, de 20 de abril de 2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, así como el Reglamento (UE) nº 461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor⁸, que se aplica desde el 1 de junio de 2010. En estas Directrices se establece que la distribución selectiva es actualmente la forma predominante de distribución en el sector de los vehículos de motor, así como en la reparación y mantenimiento y en la distribución de recambios.

La distribución selectiva cualitativa implica la selección de distribuidores o talleres de reparación únicamente con arreglo a criterios objetivos impuestos por la naturaleza del producto o servicio. Por su parte, la selección cuantitativa añade otros criterios que limitan más directamente el número potencial de distribuidores o talleres de reparación, bien fijando directamente su número, bien exigiendo, por ejemplo, un nivel mínimo de ventas. Se considera que las redes basadas en criterios cuantitativos suelen ser, por lo general, más restrictivas que las basadas únicamente en la selección cualitativa.

En una distribución selectiva puramente cualitativa, los distribuidores y los talleres de reparación se seleccionan únicamente con arreglo a criterios objetivos impuestos por la naturaleza del producto o servicio, como las cualificaciones técnicas del personal de ventas, la configuración de los locales de venta, las técnicas de venta y el tipo de servicio de venta que ha de proporcionar el distribuidor.

La aplicación de estos criterios no limita el número de distribuidores o talleres de reparación admitidos en la red del proveedor. Se considera que, en general, la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE por carecer de efectos contrarios a la competencia, siempre que se cumplan tres condiciones:

⁷ La idea de que las restricciones comerciales transfronterizas pueden perjudicar a los consumidores ha sido confirmada por la Comisión Europea en sus decisiones de 28 de enero de 1998 (asunto IV/35.733 VW), de 20 de septiembre de 2000 (asunto COMP/36.653 Opel), de 10 de octubre de 2001 (asunto COMP/36.264 Mercedes Benz) y de 5 de octubre de 2005 (asuntos F-2/36.623/36.820/37.275 SEP y otros/Peugeot SA), así como por la jurisprudencia comunitaria en los asuntos C-551/03 P, General Motors; C-338/00 P, Volkswagen/Comisión y T-450/05, Peugeot/Comisión.

⁸ Publicado en el DOUE L 129 de 28 de mayo de 2010.

- la naturaleza del producto de que se trate ha de requerir un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que dicho sistema debe constituir una necesidad legítima, habida cuenta de la naturaleza del producto, para preservar su calidad y garantizar su uso correcto;
- los distribuidores o talleres de reparación han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme para todos los revendedores potenciales y que no puedan aplicarse de forma discriminatoria;
- los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario.

Si los acuerdos de distribución selectiva entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE, las partes tendrán que evaluar si sus acuerdos pueden acogerse a los Reglamentos de Exención por Categorías, o individualmente, a la excepción del artículo 101.3 del TFUE.

Los Reglamentos de exención por categorías eximen a los acuerdos de distribución selectiva, independientemente de que se utilicen criterios de selección cuantitativos o puramente cualitativos, siempre que las cuotas de mercado de las partes no excedan del 30%.

Sin embargo, dicha exención se condiciona a que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves contempladas en el artículo 4 del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales y en el artículo 5 del Reglamento de Exención por Categorías en el Sector de los Vehículos de Motor, así como ninguna de las restricciones excluidas descritas en el artículo 5 del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales.

Tres de las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales se refieren específicamente a la distribución selectiva:

- El artículo 4.b) considera especialmente grave la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo pueda vender los bienes o servicios contractuales, excepto la restricción de ventas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en los mercados en los que se aplique dicho sistema.
- El artículo 4.c) describe como restricciones especialmente graves los acuerdos que restringen las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado.
- El artículo 4.d) se refiere a la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de actividad comercial.

En España, de acuerdo con el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, en su Anexo II “DEFINICIONES Y CATEGORIAS DE LOS VEHÍCULOS”, se define vehículo a motor como aquél provisto de motor para su propulsión, excluyendo de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida. De entre los vehículos a motor, los automóviles se definen como vehículo de motor que sirve,

normalmente, para el transporte de personas o cosas, o de ambas a la vez, o para la tracción de otros vehículos con aquel fin.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de los contratos de distribución de vehículos, en tanto no se apruebe la nueva Ley de distribución prevista en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aplica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, con la salvedad de su disposición adicional primera, introducida por la Ley de Economía Sostenible, que se refiere a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, cuya aplicación ha quedado en suspenso en tanto se aprueba la citada Ley de distribución comercial. La operativa de los concesionarios se regula a través de los contratos de distribución y de servicio autorizado y en casos aislados, se recurre a un contrato de distribución de recambios. El proveedor vende sus productos al distribuidor y éste los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial.

En la distribución minorista de automóviles nuevos, la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que éste establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados.

Dicha práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor está cubierta por el citado 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 a resultas de la presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes. En la realización de su actividad económica, el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse del negocio.

La mayoría de las marcas de automóviles en España aplica la modalidad de distribución selectiva, que permite limitar el número de los distribuidores y establecer unos criterios de selección cualitativos, para preservar la calidad y solvencia de las empresas integradas en la red. Los concesionarios son pequeñas y medianas empresas que se dedican a la distribución, venta y servicio posventa de automóviles de un fabricante o importador como empresarios independientes, actuando en su propio nombre y bajo su responsabilidad y riesgo, dentro de la zona o área territorial que le haya asignado su proveedor. No obstante, la organización de la actividad comercial y de servicio postventa y el modelo de negocio del distribuidor se configuran conforme a las directrices del proveedor, que especifica cada uno de los procesos de la concesión, en particular, los siguientes, de acuerdo con el Informe de FACONAUTO sobre el sector de los concesionarios en España de 31 de diciembre de 2012⁹:

- Estándares, dimensión y calidades de las instalaciones, en particular en lo referente al tamaño, equipamiento, ubicación, aspecto interno y externo, e identificación corporativa de sus instalaciones.
- Estructura económico-financiera del concesionario y el plan contable.
- Modelo de negocio, tanto en la venta como en el servicio posventa.
- Auditorías de procesos, estándares y garantías.

⁹ Informe de FACONAUTO sobre el sector de los concesionarios en España de 31 de diciembre de 2012, obtenido de la página web www.astave.org/ftp/56_20130124061118.pdf (folios 5327 a 5345).

- Número y cualificación profesional del personal contratado.
- Plan de formación de los empleados.
- Planes de negocio, objetivos e incentivos.
- Sistemas de gestión y administración, incluyendo los informáticos.

b) El sistema de distribución de la marca VOLVO

En el caso de VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U. (VOLVO ESPAÑA), la modalidad de distribución viene fijada por el citado Reglamento (UE) nº 461/2010, que se aplica desde el 1 de junio de 2010, en sustitución del Reglamento (CE) nº 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor y donde se determinó la modalidad de distribución selectiva de marca Premium. Los criterios para seleccionar distribuidores y servicio de postventa así como de taller autorizado son los propios que acreditan la capacidad profesional, moral y económica para cumplir los estándares que de forma paneuropea determina periódicamente y actualiza la marca orientados a los valores de excelencia, seguridad, satisfacción del cliente y que requiere como elementos esenciales la experiencia, y la disposición de instalaciones adecuadas, pero no solo, que están determinadas en el contrato paneuropeo¹⁰.

El concesionario está obligado a observar los estándares, procesos y procedimientos indicados por la marca, la cual a su vez, con el fin de apoyar al concesionario en la venta y promoción de los vehículos Volvo, adquiere a su vez una serie de obligaciones relacionadas con acciones de publicidad, formación o apoyo en las ventas, entre otras. Respecto a la política de precios, VOLVO ESPAÑA afirma que existe libertad de precio, formulando la marca únicamente recomendaciones orientativas. En términos medios ponderados sobre los precios de venta recomendados, el concesionario obtiene un margen fijo del 9% de cada vehículo y adicionalmente puede llegar a obtener un margen variable de hasta un 7% ligado a un sistema de remuneración que tiene en cuenta, entre otros elementos, los índices de satisfacción de clientes, el cumplimiento de ciertos estándares avanzados y la consecución de las cifras de referencia de ventas de vehículos nuevos y usados acordadas entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios¹¹. En concreto, el contrato firmado entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios recoge esta cuestión relativa al precio¹²:

“Decimocuarta. - Precios de Reventa

Volvo podrá hacer recomendaciones sobre los precios de venta al público, e incluso establecer precios máximos de venta. No obstante, el Concesionario establecerá libremente los precios y descuentos de los Vehículos Volvo que venda, siempre y cuando respete, en su caso, el precio máximo determinado por Volvo”.

¹⁰ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folios 8490 y 8491).

¹¹ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folios 8492 y 8497).

¹² Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folio 8502).

Se establece un régimen de descuentos para lo que se denominan “ventas especiales” (ventas a empleados de Volvo y de la Red de concesionarios, Organismos Oficiales, a empresas de Rent-a-Car, a Compañías de Renting, Ventas a Empresas, a Minusválidos y a Autónomos) por VOLVO ESPAÑA, que varían de unos años a otros, los colectivos a los que se aplican o cuantía¹³.

c) El mercado afectado

En cuanto al mercado de producto, de acuerdo con el citado Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, de entre los vehículos a motor, los automóviles se definen como vehículo de motor que sirven para el transporte de personas o cosas o para la tracción de otros vehículos con aquel fin y dentro de los automóviles se diferencia entre turismos, que son los automóviles destinados al transporte de personas que tengan, por lo menos, cuatro ruedas y que tengan, además del asiento del conductor, ocho plazas como máximo, y los vehículos todoterreno.

El mercado de producto afectado en este expediente es el de la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca.

En cuanto al mercado geográfico, como ha indicado la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹⁴ y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997), el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Así lo ha indicado también la jurisprudencia del TJUE que ha definido el mercado geográfico como¹⁵:

"(...) la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencias son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa".

Por otro lado, como ha señalado el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC y ha confirmado la Audiencia Nacional¹⁶, el concepto mercado

¹³ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folio 8493).

¹⁴ Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y Resoluciones del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios y de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios, de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, Expte. S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, Expte S/0488/1313 CONCESIONARIOS HYUNDAI, Expte. S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015 Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P.

¹⁶ Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios; de 4 de diciembre de 2014, Expte S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios; de 5 de marzo de 2015 Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/1313 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, así como sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre y 12 y 27 de

afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

En este caso hay que tener en cuenta que VOLVO ESPAÑA, de acuerdo con el contrato de concesión suscrito con los concesionarios¹⁷ y que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine o condicione a los concesionarios por razón del lugar de residencia de sus clientes, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario. En concreto, la cláusula cuarta del contrato de concesión aportado por VOLVO ESPAÑA que regula la venta de vehículos establece¹⁸:

“1. El concesionario queda autorizado para vender los vehículos VOLVO reseñados en el apéndice A, en el Espacio Económico Europeo a consumidores finales, no pudiendo vender vehículos VOLVO a terceros, ya sean personas físicas o empresas, para su reventa como nuevos, sin perjuicio de cuanto se estipula en el siguiente párrafo.

2. El concesionario podrá igualmente vender vehículos VOLVO a cualquier concesionario VOLVO autorizado dentro del Espacio Económico Europeo.”

Los concesionarios incoados, en sus respuestas a los requerimientos de información realizados, han informado que no existe ninguna cláusula en el contrato suscrito con VOLVO ESPAÑA que los limite o condicione en la venta de los vehículos por razón del lugar de residencia de sus clientes.

Tal y como ha establecido la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en resoluciones recientes en expedientes de concesionarios de otras marcas como OPEL, HYUNDAI, TOYOTA, LAND ROVER o AUDI/SEAT/VW¹⁹, los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, ya que los clientes se pueden desplazar a dichas localizaciones al resultarles más satisfactorias las ofertas de concesionarios de otras provincias, no necesariamente integrantes de una misma Comunidad Autónoma.

Este ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican se confirma a la vista de las facturas emitidas por los concesionarios incoados y aportadas en respuesta a los requerimientos de información realizados.

diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando los recursos interpuestos contra la Resolución de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013, recurso 540/2010, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

¹⁷ Contrato de concesión firmado por VOLVO ESPAÑA con los distintos concesionarios, aportado por VOLVO ESPAÑA en contestación al requerimiento de información realizado (folios 8494 a 8604).

¹⁸ Contrato de concesión firmado por VOLVO ESPAÑA con los distintos concesionarios, aportado por VOLVO ESPAÑA en contestación al requerimiento de información realizado (folios 8496).

¹⁹ Resoluciones de la Sala de Competencias de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

Así, por ejemplo, SERVAUTO ha aportado facturas emitidas a clientes con domicilio en Madrid, Badajoz, Valencia, Álava, Cantabria, Barcelona, Sevilla, Vizcaya, Cuenca, Zaragoza, Guadalajara, Lérida, Sevilla, Ciudad Real, Toledo y León²⁰.

Por su parte AUTO ELIA si bien señalaba que su zona de influencia a efectos de venta de vehículos se limitaba a Madrid, Guadalajara y Soria, aporta facturas de clientes con domicilio en Madrid, Toledo, Ciudad Real, Guadalajara, Segovia, Ávila, Valladolid, Soria, León, Asturias, Valencia, Sevilla, Barcelona, Almería, Murcia, Cantabria y Zaragoza²¹. Por su parte, TIBER MOTOR ha aportado facturas emitidas a clientes con domicilio en Madrid, Barcelona, Toledo, Córdoba, Vizcaya, Asturias, Sevilla, Málaga, Cádiz, Salamanca, Alicante, Cáceres y Burgos²².

Por todo ello, teniendo en cuenta las conductas analizadas y la documentación obrante en este expediente, así como la limitada implantación territorial de concesionarios de la marca VOLVO en el territorio español, que alcanza a 50 concesionarios, los concesionarios de dicha marca tienen un ámbito de influencia superior a la de la localidad en la que se ubican, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, como queda también reflejado en el buscador de la marca, en el que se incluyen al buscar por Comunidades Autónomas (CC.AA) los ubicados en provincias limítrofes²³.

Por lo tanto, el territorio al que se refiere la distribución y venta de los vehículos de la marca VOLVO puede verse ampliado al atender a demandantes de provincias limítrofes, no necesariamente integrantes de una misma Comunidad Autónoma, avalando así una consideración supra-autonómica del mercado afectado en este expediente. Todo ello sin perjuicio de que en este expediente se ha constatado que las prácticas anticompetitivas se estructuraban en la zona denominada "VOLVO Madrid", en las que han participado 7 concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, teniendo uno de ellos también sedes en las provincias de Guadalajara y Segovia y por ello, las prácticas objeto de investigación se circunscriben a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO en las CC.AA de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha, siendo el mercado geográfico afectado el de dichas CC.AA.

d) Oferta

Según la información aportada por VOLVO ESPAÑA²⁴, existen 50 concesionarios de la citada marca en España, siendo todos ellos sociedades mercantiles independientes de VOLVO ESPAÑA. Las relaciones entre VOLVO ESPAÑA y estos 50 concesionarios son las previstas en el contrato de 2003 vigente hasta mayo de 2013, así como el cumplimiento de los estándares, los Planes Anuales de Negocio (PDN) y los criterios generales de incentivos de venta que publica anualmente la marca.

²⁰ Información aportada por SERVAUTO en respuesta al requerimiento de información realizado (folios 7690 a 7929).

²¹ Información aportada por AUTO ELIA en respuesta al requerimiento de información (folios 8166 a 8195, 8213 a 8339 y 8371 a 8488).

²² Información aportada por TIBER MOTOR en respuesta al requerimiento de información realizado (folios 7945 a 8160).

²³ Información disponible en <http://www.volvocars.com/es/retail/Pages/default.aspx> y contestación de VOLVO ESPAÑA al requerimiento de información realizado (folio 8491).

²⁴ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en respuesta al requerimiento de información realizado (folios 8490 a 8493).

e) Demanda

Según nota de prensa publicada por FACONAUTO en enero de 2016²⁵, el mercado de turismos creció en España un 20,9% en 2015. Las causas de este crecimiento según la nota de prensa son el *“excelente resultado son la mejora del clima económico y, en especial, el consumo impulsado por la confianza del consumidor, una mayor financiación, un descenso progresivo de la tasa de desempleo, el Plan PIVE 8 y el esfuerzo comercial constante y permanente de concesionarios y marcas, con un final de año muy intenso”*.

En la demanda en este mercado se pueden distinguir tres importantes canales: flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor. En la citada nota de prensa publicada por FACONAUTO se señala que todos los canales muestran un resultado positivo en el año. El canal de empresa, al igual que viene sucediendo en los últimos meses, ha aumentado de manera significativa. Las empresas aumentaron sus compras en el ejercicio un 30,9% con un total de 283.096 unidades. En diciembre, las empresas adquirieron un volumen de 24.838 unidades, lo que representó un 25,1% más. El canal de particulares creció en 2015 un 18,8%, impulsado por el Plan PIVE 8, con un total de 574.575 unidades. En el mes de diciembre, este canal sumó 56.489 unidades con un alza del 15,3%. Por último, el canal de *rent a car*, gracias al buen comportamiento del sector turístico, creció un 13,7%, con un volumen total de 176.561. En diciembre, este canal registraba unas matriculaciones de 7.282 unidades, con un incremento del 59%.

En cuanto al número de vehículos matriculados de la marca VOLVO en el período comprendido entre enero a julio de 2014 ascendió a 4.626, mientras que en ese mismo período en 2015 el número de matriculaciones se situó en 6.350²⁶.

V. HECHOS PROBADOS

1. Organización y funcionamiento del cártel

Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información obtenida en la inspección realizada los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a las empresas incoadas, así como a VOLVO ESPAÑA, que evidencian la existencia de prácticas contrarias al derecho de la competencia, consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO entre AUTO ELIA, TIBERMOTOR, SERVAUTO, SIMPSON CARS, TURISMOS MADRID y BATTICALOA, concesionarios oficiales independientes de la marca VOLVO, con la colaboración de ANT.

En concreto, se constata la existencia de un cártel autodenominado por sus integrantes como “VOLVO Madrid”, que se habría iniciado al menos en febrero de 2007, formado por AUTO ELIA, SERVAUTO y TIBERMOTOR, con la colaboración de ANT, y tras interrumpirse temporalmente a partir de septiembre de 2007, se habría

²⁵ <http://www.faconauto.com/detalle-notas-de-prensa?id=3980>

²⁶ Nota de prensa publicada en http://www.anfac.com/noticias.action?idDoc=12226&accion=noticias_anfac (folios 8793 a 8806).

reiniciado en octubre de 2009 por las citadas entidades, sumándose TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS y posteriormente BATTICALOA en enero de 2010, manteniéndose hasta diciembre de 2011.

Una de las particularidades de las conductas objeto de este expediente, que además es coincidente con otros expedientes ya resueltos por esta Sala²⁷, ha sido la participación de una empresa externa (ANT) contratada por los propios concesionarios cuyo cometido era llevar a cabo el control del cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas, a través de visitas periódicas a los participantes del cártel.

La citada empresa prestaba servicios a los concesionarios, que denomina “estudios de mercado”, para lo cual realizaba un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente alcanzados por los concesionarios de la marca VOLVO, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados, notificando la denominada “incidencia”, es decir, el incumplimiento, a los integrantes del cártel y facilitando así el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, como se refleja en el documento de ANT incluido en la carpeta denominada “VOLVO Madrid 2010” recabada en la inspección de su sede, en el que además queda patente que los evaluadores de ANT en ningún momento conocían la existencia del cártel²⁸:

“(…) Presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza.

A tener en cuenta:

(…) 3.-Transparencia.- Los datos de calidad referidos a cada concesionario solo los conocerá cada concesionario. Sin embargo, la información que se compartirá será la referida a las ofertas conseguidas, que se reflejarán de forma clara y homogénea en una tabla resumen teniendo en cuenta la oferta total, es decir el modelo completo, el precio conseguido, el valor de tasación en su caso y los regalos conseguidos.

También se reflejará cualquier tipo de incidencia importante que pueda afectar a la oferta en un apartado de "observaciones".

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

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

²⁷ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 Concesionarios TOYOTA, S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER, S/0488/13 Concesionarios HYUNDAI y S/0489/13 Concesionarios OPEL y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SAEATNVV, S/0505/14 Concesionarios Chevrolet.

²⁸ Documentación recabada en la inspección de ANT, incluida en la carpeta “VOLVO Madrid 2010” (folios 126 y 127).

Así pues, a partir de las visitas de los evaluadores de ANT se realizaba un informe que se remitía a los concesionarios incoados en los que además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial de cada concesionario, se informaba de la oferta económica obtenida, siendo conscientes de su cuestionable legalidad, indicándose literalmente por ANT la “peligrosidad” de estos informes y por ello, se les denominaba normalmente “estudios de mercado”, haciendo hincapié en el desconocimiento de los evaluadores sobre el verdadero objetivo de dichos informes, que no es otro que comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios, cuyos incumplimientos o irregularidades quedan reflejados en estos informes como “incidencias”, como se señala en el citado documento recabado en la inspección de ANT.

Los evaluadores de ANT visitaban determinados concesionarios de la marca VOLVO con el objetivo de obtener la mejor oferta posible y comprobar si los concesionarios participantes en este cártel respetaban o no los acuerdos previamente adoptados por éstos. A partir de esas visitas, elaboraban un informe para cada concesionario, explicando cómo se habían desarrollado las visitas, si se había respetado el precio máximo fijado o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo adoptado por estos concesionarios.

Esta metodología en cuanto a la realización de los denominados “estudios de mercado” fue nuevamente trasladada por ANT al Gerente de TIBERMOTOR cuando se reinició este cártel tras un primer período en 2007.

Así, junto con el informe que presentaba ANT a cada uno de los concesionarios se facilitaba a todos ellos una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación en la caso de que procediera) ofrecida por cada concesionario.

De esta forma todos los concesionarios integrantes de este cártel eran conocedores de cómo actuaba el resto de los miembros del mismo, de cara a conocer si se cumplían o no las condiciones pactadas previamente.

Estas tablas resumen o “tablas de resultados”, como también eran denominadas por ANT, eran remitidas a los concesionarios del cártel, compartiendo la información referente a las ofertas recibidas por los evaluadores de ANT y, en su caso, los incumplimientos detectados respecto de los acuerdos adoptados, mientras que los estándares de calidad quedarían a disposición únicamente de cada concesionario evaluado²⁹.

Para realizar el seguimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes en este cártel, ANT necesitaba conocer el precio de venta y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos.

Esta información era facilitada a ANT por el Gerente de TIBERMOTOR y, en ocasiones, por el ejecutivo de ventas de dicha empresa, como interlocutor del cártel con ANT, mediante correo electrónico tras las reuniones mantenidas entre los

²⁹ Documentación incluida en la carpeta “VOLVO Madrid 2010” (folio 125) y documento anexo al correo electrónico enviado por el Gerente de TIBERMOTOR a AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR el 12 de enero de 2010 con Asunto: “MAIL PERSONAL y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis)” (folios 6293 a 6296), recabados en la inspección de ANT.

concesionarios³⁰, o bien era facilitada a ANT durante las propias reuniones del cártel a las que en ocasiones también asistía ANT. También era el Gerente de TBERMOTOR el que convocaba las reuniones de los concesionarios que integraban este cártel, a las que en ocasiones participaba también ANT, constando en el expediente, al menos, la celebración en 2010 de 5 reuniones, en concreto, el 13 de enero³¹, el 18 de enero³², el 15 de marzo³³ (en este caso, convocada por ANT), el 19 de abril³⁴ y el 8 de septiembre de 2010³⁵.

Una vez que ANT conocía los datos a evaluar y habían sido realizadas las visitas a los concesionarios determinados por el cártel, los concesionarios participantes en este cártel recibían de ANT, además de los informes individuales de las visitas que los evaluadores realizaban en sus instalaciones en relación a la atención al cliente, la tabla resumen con la identificación de estos concesionarios y los precios de referencia, oferta final, diferencia, regalos, tasaciones ofertadas y las incidencias detectadas respecto del incumplimiento de los acuerdos adoptados. Así consta en el expediente el envío de correos electrónicos desde ANT a los concesionarios participantes en este cártel, adjuntando estas tablas resumen con los resultados obtenidos en los concesionarios de la marca VOLVO visitados por ANT³⁶.

A modo de ejemplo, se transcribe la ficha con los datos técnicos y la tabla resumen con los resultados de las evaluaciones realizadas en agosto de 2010, remitido por ANT a los 6 concesionarios del cártel –AUTO ELIA, BATTINVER (es decir, BATTICALOA), SERVAUTO, SIMPSON CARS, TBERMOTOR y TURISMOS MADRID-,³⁷:

³⁰ Correo electrónico de 19 de enero de 2010 enviado por TBERMOTOR a ANT (folio 6239); correos electrónicos enviados el 9 y 12 de marzo de 2010 entre ANT y TBERMOTOR (folios 6118, 6119, 6124 y 6125) y correo electrónico enviado el 5 de mayo de 2011 por TBERMOTOR a ANT (folio 6109), recabados en la inspección de ANT.

³¹ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR a AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR el 12 de enero de 2010 (folio 6293), recabado en la inspección de ANT.

³² Correo electrónico de 15 de enero de 2010 enviado por TBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, SIMPSON CARS, SWEDISH y TURISMOS MADRID (folio 6292), recabado en la inspección de ANT.

³³ Correos electrónicos intercambiados el 10 y 11 de marzo de 2010 entre ANT, TBERMOTOR, BATTICALOA, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SERVAUTO y SIMPSON CARS, recabados en la inspección de ANT (folios 6126 a 6128).

³⁴ Correo electrónico de 16 de abril de 2010 enviado por TBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA (folios 6116 6117), recabado en la inspección de ANT.

³⁵ Correos electrónicos enviados por TBERMOTOR el 3 y el 6 de septiembre de 2010 a ANT y AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA, recabados en la inspección de ANT (folio 6113).

³⁶ Correos electrónicos enviados el 19 de febrero de 2010 por ANT a BATTICALOA (folios 6150 y 6151), TBERMOTOR (folios 6132, 6166 y 6167), SIMPSON CARS (folios 6183 y 6184), SERVAUTO (folios 6200 y 6201) y AUTOELIA (folios 6217 y 6225) y correo electrónico enviado el 9 de septiembre de 2010 por ANT a AUTOELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS (folios 6111 y 6112), recabados en la inspección de ANT.

³⁷ Correo electrónico enviado el 9 de septiembre de 2010 por ANT a AUTOELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS (folios 6111 y 6112), adjuntando "RESUMEN_VOLVO_MADRID_AGO10.xls", recabados en la inspección realizada en la sede de ANT.

DATOS DEL ESTUDIO
Nº DE CONCESIONARIOS EVALUADOS:
7

Nº DE ESTUDIOS POR CONCESIÓN		
1	AUTOELIA	2
2	BATTINVER	2
3	SERVAUTO	2
4	SIMPSON	2
5	SWEDISH CARS	2
6	TIBERMOTOR	2
7	TURISMOS MADRID	2

MODALIDAD DE EVALUACIÓN: DOS VISITAS	
VISITA 1	
<i>EVALUACIÓN DE LA ATENCIÓN AL CLIENTE, MOSTRANDO INTERÉS POR UN MODELO EN PARTICULAR.</i>	
VISITA 2	
<i>OBTENCIÓN DE REGALOS Y/ O PRECIO MÁS ECONÓMICO QUE EN LA PRIMERA VISITA.</i>	

MODELOS SOLICITADOS	
1	<i>VOLVO XC60 D3 (DIESEL) 163CV MOMENTUM, CON TRACCIÓN DELANTERA, CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA</i>
2	<i>VOLVO C30 1.6 D (DIESEL) DRIVE MOMENTUM CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA</i>

REGALOS
<i>SE CONSIDERAN ÚNICAMENTE COMO REGALOS AQUELLOS QUE SUPONGAN UNA MEJORA SIGNIFICATIVA EN LA OFERTA. POR ELLO REGALOS COMO TRIÁNGULOS Y CHALECOS (KIT DE SEGURIDAD) NO SON TENIDOS EN CUENTA.</i>



<i>VOLVO XC60 D3 (DIESEL) 163CV MOMENTUM, CON TRACCIÓN DELANTERA, CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA</i>										
<i>POBLAC.</i>	<i>NOMBRE</i>	<i>DIRECCIÓN</i>	<i>VARIACIONES MODELO (SI LAS HAY)</i>	<i>PRECIO DE MERCADO</i>	<i>OFERTA</i>	<i>DIFERENCIA</i>	<i>REGALOS</i>	<i>TASAC.</i>	<i>REF.</i>	<i>OBSERVACIONES</i>
<i>ALCALÁ DE HENARES</i>	<i>AUTOELIA</i>	<i>AVDA. COMPLUTENSE, 121</i>		<i>39.306,29</i>	<i>38.300,00</i>	<i>-1.006,29</i>		<i>4.000 - 5.000</i>	<i>1</i>	<i>LA TASACION ES APROXIMADA</i>
<i>MADRID</i>	<i>BATTINVER</i>	<i>CASTELLANA, 130</i>		<i>39.306,29</i>	<i>39.306,28</i>	<i>-0,01</i>				
<i>MADRID</i>	<i>SERVAUTO</i>	<i>AVDA. DE VALLADOLID, 45 -OJO, entrar por C/ Aniceto Marinas, que es donde está el taller, ya que la entrada de Avda. Valladolid es para empresas. QUE RECUERDE ENTRAR POR EL TALLER AL VOLVER LA ESQUINA DE AVDA. VALLADOLID--LA ENTRADA ESTÁ JUNTO AL MANZANARES</i>		<i>39.306,29</i>	<i>39.000,00</i>	<i>-306,29</i>		<i>8.500,00</i>	<i>2</i>	
<i>MADRID</i>	<i>SIMPSON</i>	<i>C/ BRAVO MURILLO, 28</i>		<i>39.306,29</i>	<i>39.306,28</i>	<i>-0,01</i>		<i>2.000,00</i>	<i>3</i>	
<i>MÓSTOLES</i>	<i>SWEDISH CARS</i>	<i>C/ REGORDOÑO, 6 (POL. IND. REGORDOÑO)</i>		<i>39.306,29</i>	<i>37.829,00</i>	<i>-1.477,29</i>		<i>4.500,00</i>	<i>4</i>	
<i>GETAFE</i>	<i>TIBERMOTOR</i>	<i>CTRA. A-42 (MADRID-TOLEDO), KM. 14,400 - SALIDA GETAFE SECTOR 3</i>		<i>39.306,29</i>	<i>38.500,00</i>	<i>-806,29</i>	<i>ESTRIBOS CROMADOS</i>	<i>4.606,28</i>	<i>5</i>	
<i>ALCOBENDAS</i>	<i>TURISMOS MADRID</i>	<i>AVDA. DE LA INDUSTRIA, 7</i>		<i>39.306,29</i>	<i>38.556,00</i>	<i>-750,29</i>				

TASACIONES DE VEHÍCULOS

REF.	MODELO	AÑOS	EUROTAX
1	FORD FOCUS TREND 5P 109 1.6	5	4.790 €
2	OPEL ZAFIRA 1,9 CDTI ENJOY AUT 120 CV	3	11.020 €
3	SEAT IBIZA SPORT TDI 1,9 100 CV 3P	8	1.600 €
4	TOYOTA COROLLA VERSO 2.0 SOL	5	6.610 €
5	OPEL ASTRA GTC SPORT 1.9 120 CV	4	7.810 €

VOLVO C30 1.6D (DIESEL) DRIVE MOMENTUM CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL EN COLOR BLANCO

<i>POBLAC.</i>	<i>NOMBRE</i>	<i>DIRECCIÓN</i>	<i>VARIACIONES MODELO (SI LAS HAY)</i>	<i>PRECIO DE MERCADO</i>	<i>OFERTA</i>	<i>DIFERENCIA</i>	<i>REGALOS</i>	<i>TASAC.</i>	<i>REF.</i>	<i>OBSERVACIONES</i>
MADRID	AUTOELIA	FCO. DE MADARIAGA, 4		21.656,61	24.265,00	2.608,00		1.200,00	4	
MADRID	BATTINVER	C/ LOS VASCOS, 29		21.656,61	22.564,91	908,30		1.300,00	7	
MADRID	SERVAUTO	RÍOS ROSAS, 2		21.656,61	21.656,00	0,61	100,00	2.000,00	1	
MADRID	SIMPSON	C/ BRAVO MURILLO, 28		21.656,61	21.656,61	0,00		3.000,00	2	
MÓSTOLES	SWEDISH CARS	C/ REGORDOÑO, 6 (POL. IND. REGORDOÑO)		21.656,61	21.143,00	-513,61		7.500,00	5	
GETAFE	TIBERMOTOR	CTRA. A-42 (MADRID-TOLEDO), KM. 14,400 - SALIDA GETAFE SECTOR 3		21.656,61	21.656,61	0,00		5.200,00	3	
ALCOBENDAS	TURISMOS MADRID	AVDA. DE LA INDUSTRIA, 7		21.656,61	22.622,56	965,95		5.000,00	6	

TASACIONES DE VEHÍCULOS

<i>REF.</i>	<i>MODELO</i>	<i>AÑOS</i>	<i>EUROTAX</i>
1	CITROËN XSARA 16I 16V EXC 5PUERTAS 5 PLAZAS	8	1.860 €
2	CITROEN C3 COLLECTION 92 CV 5P 1.6	4	5.310 €
3	OPEL AGILA 1.2 GASOLINA VERSIÓN ENJOY	2	6.180 €
4	RENAULT CLIO 1.5 DCI 100 CV	6	2.780 €
5	SSANGYONG RODIUS 2.7 XDI	4	8.790 €
6	VOLKSWAGEN PASSAT 1.9. TDI EDITION 130 CV.	6	5.600 €

7	<i>RENAULT CLIO 1.5 DCI 100 CV</i>	6	2.780 €
---	------------------------------------	---	---------

Constan en el expediente las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en este cártel, en las que estos servicios se facturan en concepto de los denominados “estudios de mercado”, si bien como se ha acreditado, sobre todo, por la información recabada en la inspección de ANT, dichos informes respondían al seguimiento de los acuerdos adoptados por el cártel. De hecho, en estas facturas recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT, se aprecia identidad de conceptos y de fechas en las que se expiden a concesionarios participantes en este cártel, constatando que se trata de estudios idénticos, contratados y realizados en misma fecha a estos concesionarios para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por este cártel:

- Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA en 2007, 2010 y 2011³⁸.
- Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS en 2011³⁹.
- Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO en 2007, 2010 y 2011⁴⁰.
- Facturas expedidas por ANT a TIBERMOTOR en 2007, 2010 y 2011⁴¹.

2. Las empresas participantes y el objeto de los acuerdos

Se ha acreditado con la documentación que obra en el expediente, en particular, la recabada en la inspección realizada en la sede de ANT, la existencia de un cártel de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como de intercambio de información comercialmente sensible desde febrero hasta septiembre de 2007 entre los concesionarios AUTO ELÍA, SERVAUTO y TIBERMOTOR con la colaboración de ANT, el cual se habría interrumpido temporalmente en septiembre de 2007, para reiniciarse en octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, con la participación de los citados concesionarios y ANT, sumándose TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS y en enero de 2010, BATTICALOA.

Las negociaciones para la reanudación a partir del 2009 de este cártel por los concesionarios TIBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SERVAUTO, con la intención de incluir también a SWEDISH CARS si bien finalmente no participó⁴², volviendo a contratar los servicios de ANT, se iniciaron en octubre de 2009, como se constata en el correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 16 de octubre de 2009.

En este correo electrónico TIBERMOTOR reconoce que el sistema de control de los descuentos que ya se ha puesto en marcha no funciona bien del todo y que un acuerdo sin auditoría no tiene sentido y por ello vuelve a contactar con ANT para presentar los

³⁸ Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA de abril a septiembre de 2007 (folios 2 a 8), de febrero a diciembre de 2010 (folios 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29), recabadas en la inspección de ANT.

³⁹ Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS de agosto a diciembre de 2010 (folios 30 a 34), recabadas en la inspección de ANT.

⁴⁰ Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO de abril a septiembre de 2007 (folios 35 a 40), de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60), recabadas en la inspección de ANT.

⁴¹ Facturas expedidas por ANT a TIBERMOTOR de abril a agosto de 2007 (folios 61 a 65), de febrero a diciembre de 2010 (folios 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86), recabadas en la inspección de ANT.

⁴² Véase, el Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT con copia a SWEDISH CAR el 1 de febrero de 2010, reenviando el correo electrónico enviado por SWEDISH CAR a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO, TURISMOS MADRID y TIBERMOTOR el 20 de enero de 2010 (folios 6235 y 6236).

resultados una evaluación de ANT para constatar el incumplimiento del acuerdo de precios adoptado por concesionarios de la marca VOLVO⁴³:

“(Gerente y Director Financiero de ANT) comparto este mail contigo dirigido abajo a mis colegas los gerentes de Volvo en Madrid,

La situación con descuentos es muy terrible, hemos puesto en marcha este sistema de control entre nosotros, pero el tema no funciona bien del todo...yo siento que existe de nuevo una posible posibilidad para el tema del mystery...lo quiero creer...

Para llegar a eso, he pensado proponerte lo siguiente,

Como tú no inviertes en publicidad ni marketing...pues que hagas una pequeña inversión a futuro en lo siguiente,

Que lleves a cabo una oleada de mystery, a mi atención, con carácter gratuito para mí QUE YO PUEDA PRESENTAR LOS RESULTADOS AL GRUPO DE GERENTE, DONDE LES PUEDA DEMOSTRAR QUE UN ACUERDO SIN AUDITORÍA NO TIENE SENTIDO,

PORQUE NO LO ESTAMOS CUMPLIENDO,

YO TENGO CASI LLENA LA EXCEL CON CRUCES Y DEMÁS....

PERO SERÍA CREO MUY IMPORTANTE Y LAPIDARIO PARA ENCONTRAR UNA SALIDA,

SI ADEMÁS DE DECIRLO MIS VENDEDORES EN EL FICHERO EXCEL QUE HE PREPARADO PARA TODOS,

PUES LLEVAR A UNA COMIDA NUESTRA UN INFORME TUYO ACTUALIZADO DONDE VEAMOS LA REALIDAD QUE ESTAMOS HACIENDO TODOS CON UN INFORME EXTERNO....

(Gerente de ANT) no haría falta más que 2 visitas por concesionario,

Una primera para ver el descuento nada más entrar,

Y si no te dan el descuento máximo, pues hacer una llamada o una segunda visita a ver qué se rasca,

Cómo lo ves? Te atreves a invertir 2 entrevistas, NO EXTENSAS, NO DE CALIDAD, SOLO DE PRECIO,

Por conce que somos 5

Llámame cuando lo hayas leído y cambiamos impresiones, yo no puedo pagar este informe por todos,

Y debo llevar el efecto sorpresa,

ME COMPROMETO A VENDER TUS SERVICIOS, como siempre he hecho....

Un abrazo, mi móvil (.....)

(Director General de TIBERMOTOR)”.

⁴³ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 16 de octubre de 2009, reenviando el correo enviado por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 16 de octubre de 2009, Asunto: IMPORTANTE: Seguimiento Ofertas, recabado en la inspección de ANT (folios 6297 a 6299).

ANT llevó a cabo los estudios a los concesionarios indicados por TIBERMOTOR, como evidencia el correo electrónico de 12 de enero de 2010 enviado por TIBERMOTOR en el que convoca a AUTO ELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR a una reunión en la sede de SERVAUTO, adjuntando el estudio solicitado a ANT respecto a los descuentos acordados y solicitándoles expresamente la confidencialidad de este correo, que reenvía posteriormente al Gerente de ANT⁴⁴:

“(...) 2º objetivo de la comida de trabajo: cambiar impresiones sobre la estrategia comercial, política de descuentos de cada uno de nosotros para el XC60, ante el nuevo panorama del 2010.

En este sentido, os adjunto un estudio que le pedí hace un mes y pico a la empresa del cliente misterioso, decidí hacerlo para conocer qué estamos ofreciendo cada uno de nosotros en primera visita, luego en segunda visita o por teléfono el tema puede cambiar, eso ya no lo podemos ver en este estudio,

Os aseguro es muy enriquecedor e interesante ver las prácticas que estamos utilizando para conseguir vender, Es triste ver la cantidad de dinero que todos estamos ofreciendo a los clientes, Y nosotros en Getafe estamos a la cabeza....como podréis ver en el informe, hemos sido los más agresivos en primera visita, sin ofrecerlo si me lo traes por escrito, o sin ponerlo en la oferta pero sí ofrecerlo personalmente, y otras prácticas la mar de enriquecedoras.

Os mando luego a cada uno su encuesta particular con todos los detalles de cada visita a vuestra concesión.

Yo personalmente, con el IMAWEB actual, que no teníamos hace 3 años cuando trabajamos con este sistema, yo apuesto por empezar con algo, y esta fórmula del mystery puede valernos.

EL CONTENIDO DE ESTE MAIL ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE....QUIERO DECIR....POR FAVOR SOLO PARA NOSOTROS,

PARA NADIE MÁS.

CONFÍO EN TODOS VOSOTROS, LO DIGO EN SERIO.

Un abrazo, hasta el miércoles, saludos

(Director General de TIBERMOTOR)”.

En este correo electrónico se adjuntaba una carta de ANT al Director General de TIBERMOTOR, en la que se informaba de las visitas realizadas en los concesionarios indicados y la metodología seguida, así como los resultados de estas visitas a dichos concesionarios –AUTOELIA, SERVAUTO, BATTINVER (es decir, BATTICALOA),

⁴⁴ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 13 de enero de 2010, reenviando el correo enviado por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, asunto: MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis....), adjuntando los documentos RESUMEN_VOLVO_MADRID_NOV09.xls (124,42 kB) y SONDEO-VOLVO MADRID.DOC (83,97 kB), recabados en la inspección de ANT (folios 6293 a 6296 y 6304).

SIMPSON CARS, TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SWEDISH CARS- en relación con el precio de referencia determinado⁴⁵:

“Buenos días (Director General de TIBERMOTOR),

Atendiendo a tu solicitud hemos realizado un sondeo en la Red Volvo de Madrid. Hemos visitado cada concesión con el objetivo de conseguir la mejor oferta posible de un modelo determinado.

Modelo evaluado:

Volvo XC60 2.4d (diesel) 175CV manual, momentum, con cristales traseros tintados, pack de silleta y cierre de seguridad para niños y pintura metalizada

Aunque conoces la metodología del estudio te refresco la memoria:

Primera visita.- Nuestros evaluadores han visitado cada concesión una primera vez para pedir información sobre el coche y una primera oferta.

Segunda visita.- El mismo evaluador ha vuelto para decir que tiene mejor oferta en otra concesión y que si se lo deja más barato se lo compraría a ellos.

Te envío los informes y la tabla de resultados por mail. En la tabla verás que en la mayoría de los casos ha habido bajada de precios. Tan solo dos de las ofertas conseguidas están dentro del precio de referencia.

Según este sondeo algo más del 70 % de los coches que se venden actualmente en la Red Volvo de Madrid están por debajo del precio de referencia. Obviamente habría que hacer un estudio más amplio para verificar este dato pero lo cierto es que la mayoría de ofertas están por debajo.

Dado tu interés en este asunto me permito haceros una propuesta a toda la Red para que consideréis llevar a cabo un estudio similar a este todos los meses. Así dispondréis de información de lo que está pasando en vuestro mercado y podréis poner los resultados encima de la mesa.

Os paso dos propuestas:

1) Un estudio por concesión al mes. Cada estudio tiene un coste de 150 €. Inversión por concesión al mes: 150 €

2) Dos estudios por concesión al mes. (Evaluaremos dos modelos diferentes) Cada estudio tiene un coste de 135 €. Inversión por concesión al mes: 270 €

Me pongo a tu disposición para cualquier consulta que tengas al respecto.

Un cordial saludo,

(Gerente y Director Financiero de ANT).”

La incorporación efectiva de BATTICALOA a las reuniones del cártel se produjo el 18 de enero de 2010, como se constata en la convocatoria de dicha reunión en la sede de SERVAUTO por parte del Gerente de TIBERMOTOR⁴⁶:

⁴⁵ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, asunto: MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis...), adjuntando los documentos RESUMEN_VOLVO_MADRID_NOV09.xls (124,42 kB) y SONDEO-VOLVO MADRID.DOC (83,97 kB), recabados en la inspección de ANT (folios 6293 a 6296 y 6304).

“(…) Como adelantamos el pasado miércoles,

Queda confirmada nuestra comida para este lunes a las 13:45 en Goya,

Hasta las 15:30 os informaré de la reunión que tuvimos ayer la Junta con la dirección de Volvo,

A LAS 15:30 SE UNIRÁN:

(Directivos de BATTICALOA)

(Gerente y Director Financiero de ANT), gerente del mystery, que tiene su sede en Alicante, y viene para retomar la relación con nosotros.

También se unirá a esta segunda reunión por parte mía de Tibermotor, (Ejecutivo de ventas de TIBERMOTOR), yo estoy muy interesado en que salga adelante el asunto.

BUEN FINDE, cuidaros, saludos

(Director General de TIBERMOTOR)”.

En relación a esta reunión de 18 de enero de 2010, constan en el expediente anotaciones manuscritas que reflejan lo que se trató en ella, destacando referencias al descuento máximo permitido en función del modelo para empresas, particulares o autónomos, así como el margen de error permitido, “MARGEN DE ERROR.- 100 EUROS”, o la multa establecida en el caso de que se detecten desviaciones sobre lo pactado, “PILLADAS.-1200€ (A REPARTIR ENTRE ELLOS)”⁴⁷. Los resultados de esta reunión, en la que se confirmó que se retomaban las visitas de ANT para la monitorización de los acuerdos, se reflejan en el correo electrónico que el Gerente de ANT envió a TIBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA el 19 de enero de 2010, especificando la fecha de inicio de sus servicios para el 25 de enero de 2010⁴⁸:

“(…) Aunque quedó todo bastante claro, resumo lo que vamos a hacer y su coste:

Los modelos a evaluar será toda la gama. Cada mes realizaremos dos estudios uno de ellos estará siempre centrado en el XC60 y el otro en un modelo del resto de la gama.

La fecha de inicio del trabajo es el lunes día 25 de enero.

El coste de nuestros servicios es de 135 € cada estudio, ello implica una inversión por concesión de 270 €, IVA no incluido.

Para que podamos efectuar las facturas y el cobro, podéis enviarme a este mail vuestras razones sociales, dirección, NIF y Cuenta Bancaria o bien los datos de una persona de contacto de vuestro Dpto. de Administración para que mi contable se ponga en contacto con ella.

⁴⁶ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 15 de enero de 2010, reenviando el correo enviado en la misma fecha por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO, con asunto: CONFIRMADO COMIDA LUNES 18 A LAS 13:45 MUY PUNTUALES EN GOYA, recabado en la inspección de ANT (folio 6292).

⁴⁷ Documentación incluida en la carpeta “2010 VOLVO MADRID”, recabada en la inspección de ANT (folios 121 a 123).

⁴⁸ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por el Gerente de ANT a TIBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA, con asunto “Mystery Volvo Madrid”, recabado en la inspección de ANT (folio 6288).

Tan pronto dispongamos de los resultados de esta primera oleada os lo haré saber para quedar en Madrid y entregarlos en reunión (...)”.

Como ya se ha indicado, en el correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por el Gerente de ANT a los Gerentes de TIBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA se señala que los modelos de la marca VOLVO a evaluar serán toda la gama, aunque en todo caso, dentro de los 2 modelos designados cada mes uno de ellos será siempre el XC60 y el otro un modelo del resto de la gama⁴⁹:

(...) los modelos a evaluar serán toda la gama. Cada mes realizaremos dos estudios, uno de ellos siempre centrado en el XC60 y el otro en un modelo del resto de la gama (...)”.

En la misma fecha que el correo electrónico anterior, el 19 de enero de 2010 el directivo de ventas de TIBERMOTOR envió al Gerente de ANT otro correo electrónico adjuntando la documentación correspondiente relativa a los modelos de la marca VOLVO, indicando expresamente lo siguiente⁵⁰:

“Te adjunto los documentos comentados ayer. Los tácticos varían todos los meses, intentaré mandártelos todos los meses (...)”.

En el archivo adjunto denominado “Precios octubre 2009.pdf”, figuran los distintos modelos de VOLVO con sus características técnicas y precios correspondientes (S40, S80, V50, V70, XC60, XC70, XC90, C30 y C70) y en el archivo “Tácticos enero” (folio 6287) figura una tabla con los tácticos vigente hasta el 31 de enero de 2010 de los modelos VOLVO C30, C70, S80, V70, XC70 y XC90, con los importes asignados a cada uno de los modelos de la gama)⁵¹.

Como ya se ha adelantado, si bien en los correos electrónicos enviados hasta este momento se incluye entre sus destinatarios a SWEDISH CARS, el 20 de enero de 2010 éste envió un correo electrónico a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO, TURISMOS MADRID y TIBERMOTOR manifestando su intención de no sumarse al cártel⁵²:

(...) De acuerdo con lo comentado en la mañana de hoy, os envío este e-mail para informaros que Swedish Cars no se adhiere al acuerdo del Mystery Shopping de la Comunidad de Madrid.

(...) Son muchos los motivos por los que pienso que esto es francamente complicado de llevar a cabo. Parto de la base de que, muy a mi pesar, el mercado actual se ha convertido en una lucha continua de precios en el que el único favorecido es el cliente. No creo que sólo sea por la crisis financiera, sino también por muchos otros factores ajenos a nuestro control que desafortunadamente han

⁴⁹ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por el Gerente de ANT a los Gerentes de TIBERMOTOR, AUTOELÍA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA (folio 6288), recabado en la inspección de ANT.

⁵⁰ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por el directivo de ventas de TIBERMOTOR al Gerente de ANT (folio 6239), con 3 archivos adjuntos: “Preciosoct2009.pdf” (folios 6240 a 6285), “Condiciones flotas 2010” (folio 6286) y “Tácticos enero” (folio 6287), recabado en la inspección de ANT.

⁵¹ Archivos “Preciosoct09.pdf” (folio 6240 a 6285) y “Tácticos enero” (folio 6287), adjuntos al correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por el directivo de ventas de TIBERMOTOR al Gerente de ANT (folio 6239), recabado en la inspección de ANT.

⁵² Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT con copia a SWEDISH CAR el 1 de febrero de 2010, reenviando el correo electrónico enviado por SWEDISH CAR a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO, TURISMOS MADRID y TIBERMOTOR el 20 de enero de 2010 (folios 6235 y 6236).

hecho que la cultura de este sector sea la que hoy en día todos conocéis. Y no sólo en Volvo.

Creo que la concurrencia que tenemos nosotros a día de hoy no es sólo la red de concesiones en Madrid. Creo sinceramente que es la red nacional. Así es muy difícil luchar para que de la noche a la mañana podamos todos, o al menos Swedish Cars en mi opinión, aumentar la rentabilidad a corto plazo.

Muchos son los matices por lo que creo que este modelo es imposible: DNIs fuera de Madrid, venta a empresas, mercado imperfecto, ofertas telefónicas o por e-mail, tasación VOs, operaciones especiales...en fin, son demasiados y no quiero hacer que este correo se convierta en una pesadilla. Pero por supuesto respeto que los demás creáis justo lo contrario.

Creedme si os digo que soy yo el más interesado en aumentar la rentabilidad de las operaciones, sobre todo en el XC60. Por ello, mi equipo es consciente de esto y sabe los descuentos que debe hacer en el modelo (por poner un ejemplo y, como a alguno le he dicho, esta mañana hemos cerrado una operación con el 4,55% de descuento). Pero he de reconocer que no voy a decir que no a otras posibles operaciones que, por los motivos que sean, puedan llevar un descuento superior.

Además, en el caso de Swedish hay meses que tenemos 15-20 tráficos de exposición. Si de ellos, 4 pueden ser Mysteries por las 2 oleadas acordadas, no puedo hacer que ya no sólo un comercial “pierda /invierta” el tiempo con esto, sino que también le genere dudas en el resto de potenciales clientes. Y menos aún, tal y como está la situación, no quiero tampoco que ningún comercial me diga que deja de vender un coche porque no ha podido hacerle un 5% ó un 7% de descuento por poner un ejemplo.

También quiero dejar claro que no es objetivo de Swedish quitar ni una sólo operación a cualquiera de vosotros. Es obvio que habrá operaciones que se crucen como hasta ahora, pero creo que la tarta es demasiado grande para repartirla y, por supuesto, no hacer daño a nadie.

Creo que si por algo se ha caracterizado este concesionario desde que nació es por no hacer ruido. Y así seguirá. Pero también pienso que los concesionarios de Volvo (ya no sólo de Madrid, sino de toda España) son todos muy diferentes unos de otros: por volúmenes, por estructuras de costes, por culturas empresariales y lo que creo imposible es que la estrategia comercial sea común para todos.

La mayoría de vosotros creéis que este pacto puede funcionar, ya que la otra vez funcionó durante más de un año. Swedish abandonó al poco tiempo y por lo que me habéis dicho, siguió funcionando. Yo francamente no aprecié nada ni cuando estaba ni cuando abandoné. También lo intentamos en Rover hace unos años con los mismos resultados.

Por ello y por lo expuesto, es por lo que Swedish toma esta decisión. Pero de verdad quiero dejar claro que mi último objetivo es el de intentar convencer a nadie para que piense lo contrario.

Simplemente espero y deseo que respetéis esta decisión (no que la compartáis) y que el magnífico ambiente reinante hasta ahora siga así. Por mi parte, no dudéis que así seguirá.

Un abrazo, (Director Comercial de SWEDISH CAR)”.

El 2 de febrero de 2010 el Gerente de TBERMOTOR envió a ANT un correo electrónico con copia a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO y TURISMOS MADRID, indicando expresamente la importancia de ser discreto con este tipo de información, confirmándole que continuaban con el acuerdo, repartiéndose el coste de las visitas a SWEDISH CAR entre los concesionarios participantes en este cártel, pues querían seguir teniendo información de dicho concesionario.

En este correo electrónico se anunciaba también la intención de reunirse con HORWATH el 8 de febrero de 2010, si bien no constan en el expediente evidencias que permitan acreditar que se llevó finalmente a cabo la contratación de dicha empresa para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el cártel⁵³:

“Estimado (Gerente de ANT), de acuerdo a nuestra conversación de ayer por la tarde,

Te confirmo nuestra intención de continuar con el proyecto adelante,

De hecho mantenemos una temporada las encuestas al conce que ha dejado de trabajar con vosotros,

Coste a repartir a partes iguales entre el resto que continuamos.

Te confirmo nuestra reunión con (HORWATH) el próximo lunes día 8.

Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail,

IMPORTANTE: DISCRECIÓN EN EL USO DE ESTE MAIL, NO REENVIAR POR FAVOR.

Gracias, Seguimos en contacto, saludos

(Director General de TBERMOTOR)”.

El reparto del coste de las visitas de ANT a SWEDISH CAR está reflejado en las facturas emitidas a partir de febrero de 2010 por ANT a AUTO ELIA, SIMPSON CARS, SERVAUTO y TBERMOTOR, recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT. Estas facturas incluyen 2 conceptos: por un lado el concepto “Estudios de mercado realizados en (el mes que corresponda)” por un importe de 270€, que reflejan los 135€ de cada uno de los dos estudios realizados al mes en cada concesionario al que se le emite la factura, y por otro lado el concepto “parte proporcional de estudios especiales” por un importe de 45€ al mes, que corresponden a los 270€ que ANT le habría facturado a SWEDISH CARS en el caso de que hubiera participado en este cártel y que, al no hacerlo, se reparte entre los 6 concesionarios restantes –AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, SIMPSON CARS y TURISMOS MADRID- que sí participaron en el mismo⁵⁴. Así en febrero de 2010 ANT remitió a estos concesionarios los informes elaborados tras las visitas realizadas en enero de 2010, con la indicación de que en el envío eran incluidos por un parte para cada concesionario los informes detallados de la 1ª y 2ª visita del evaluador a cada concesionario y, por otra, un archivo común que se enviaba a todos los concesionarios participantes en el cártel con las ofertas conseguidas en estos concesionarios, más SWEDISH CAR.

⁵³ Correo enviado por TBERMOTOR a ANT, con copia a AUTO ELIA, BATTICALOA, SIMPSON CARS, SERVAUTO y TURISMOS MADRID, el 2 de febrero de 2010, Asunto: “PROYECTO Mystery Volvo Madrid”, recabado en la inspección de ANT (folio 6233).

⁵⁴ Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA (folios 2 a 29), SIMPSON CARS (folios 30 a 34), SERVAUTO (folios 35 a 60) y TBERMOTOR (folios 61 a 86), recabadas en la inspección de ANT.

Así constan en el expediente los correos electrónicos de ANT a TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID, BATTICALOA, SIMPSON, SERVAUTO y AUTO ELIA con la documentación mencionada, comparando las ofertas recibidas en estos concesionarios, más SWEDISH CARS como habían decidido los concesionarios participantes en este cártel, transcribiéndose a continuación la ficha con los datos técnicos y la tabla resumen remitida a todos ellos tras las visitas realizadas en enero de 2010⁵⁵:

⁵⁵ Correos electrónicos enviados el 19 de febrero de 2010 por ANT a TIBERMOTOR (folios 6130 y 6166) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folios 6132 y 6167), TURISMOS MADRID (folio 6133) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6134), BATTICALOA (folio 6150), junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6151), SIMPSON CARS (folio 6183) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6184), SERVAUTO (folio 6200) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6201) y AUTOELÍA (folio 6217) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6225).

DATOS DEL ESTUDIO

Nº DE CONCESIONARIOS EVALUADOS:		7
Nº DE ESTUDIOS POR CONCESIÓN		MODALIDAD DE EVALUACIÓN: DOS VISITAS
1	AUTOELIA	2
2	BATTINVER	2
3	SERVAUTO	2
4	SIMPSON	2
5	SWEDISH CARS	2
6	TIBERMOTOR	2
7	TURISMOS MADRID	2
		MODALIDAD DE EVALUACIÓN: DOS VISITAS
		VISITA 1
		EVALUACIÓN DE LA ATENCIÓN AL CLIENTE, MOSTRANDO INTERÉS POR UN MODELO EN PARTICULAR.
		VISITA 2
		OBTENCIÓN DE REGALOS Y/ O PRECIO MÁS ECONÓMICO QUE EN LA PRIMERA VISITA.
		MODELOS SOLICITADOS
1	VOLVO C30 2.0 D (DIESEL) MOMENTUM CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA	
2	VOLVO XC60 2.4 D (DIESEL) KINETIC CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA	
REGALOS		
SE CONSIDERAN ÚNICAMENTE COMO REGALOS AQUELLOS QUE SUPONGAN UNA MEJORA SIGNIFICATIVA EN LA OFERTA. POR ELLO REGALOS COMO TRIÁNGULOS Y CHALECOS (KIT DE SEGURIDAD) NO SON TENIDOS EN CUENTA.		

VOLVO C30 2.0 D (DIESEL) MOMENTUM CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA										
POBLAC.	NOMBRE	DIRECCIÓN	VARIACIONES MODELO (SI LAS HAY)	PRECIO DE MERCADO	OFERTA	DIFERENCIA	REGALOS	TASAC.	REF.	OBSER VACION ES
MADRID	AUTOELIA	ALCALÁ, 467		24.321,60	24.318,92	-2,68				
MADRID	BATTINVER	CASTELLANA, 130		24.321,60	24.321,60	0,00				
LAS ROZAS	SERVAUTO	C/ CABO RUFINO LÁZARO, 17 (POL. IND. EURÓPOLIS)		24.321,60	24.321,60	0,00				
MADRID	SIMPSON	C/ BRAVO MURILLO, 28		24.321,60	22.000,00	-2.321,60				
MÓSTOLES	SWEDISH CARS	C/ REGORDOÑO, 6 (POL. IND. REGORDOÑO)		24.321,60	23.121,00	-1.200,60				
GETAFE	TIBERMOTOR	CTRA. A-42 (MADRID-TOLEDO), KM. 14,400 - SALIDA GETAFE SECTOR 3		24.321,60	24.321,60	0,00				
ALCOBENDAS	TURISMOS MADRID	AVDA. DE LA INDUSTRIA, 7		24.321,60	24.321,60	0,00	1ª REVISIÓN GRAUITA (VALORADA EN UNOS 300€) Y GPS GARMIN (VALORADO EN UNOS 400€) A MITAD DE PRECIO.	2.000,00	1	

TASACIONES DE VEHÍCULOS

REF.	MODELO	AÑO	EUROTAX
1	CITROEN XSARA PICASSO 2.0 HDI 90CV	2003	3.030,00

VOLVO XC60 2.4 D (DIESEL) KINETIC CON CAMBIO DE MARCHAS MANUAL Y PINTURA METALIZADA										
POBLAC	NOMBRE	DIRECCIÓN	VARIACIONES MODELO (SI LAS HAY)	PRECIO DE MERCADO	OFERTA	DIFERENCIA	REGALOS	TASAC.	REF.	OBSERVACIONES
ALCALÁ DE HENARÉS	AUTOELIA	AVDA. COMPLUTENSE, 121		36.389,40	36.019,00	-370,40	SENSOR DE APARCAMIENTO TRASERO			MENCION A AUDITORÍAS
MADRID	BATTINVER	CASTELLANA, 130		36.389,40	36.389,40	0,00				
MADRID	SERVAUTO	AVDA. DE VALLADOLID, 45 -OJO, entrar por C/ Aniceto Marinas, que es donde está el taller, ya que la entrada de Avda. Valladolid es para empresas. QUE RECUERDE ENTRAR POR EL TALLER AL VOLVER LA ESQUINA DE AVDA. VALLADOLID-LA ENTRADA ESTÁ JUNTO AL MANZANARES		36.389,40	34.500,00	-1.889,40				OFRECE TAMBIÉN PRECIO PARA AUTÓMOS O FAMILIA NUMERO SA - 34.232,881
MADRID	SIMPSON	C/ BRAVO MURILLO, 28		36.389,40	35.250,00	-1.139,40		3.000,00	1	
MÓSTOLES	SWEDISH CARS	C/ REGORDOÑO, 6 (POL. IND. REGORDOÑO)		36.389,40	35.300,00	-1.089,40		3.000,00	2	EL COMERCIAL DICE QUE NO DISPONE DE TASADOR, QUE EL COCHE LO TASA UN TASADOR DE UNA EMPRESA DE VENTA DE COCHES DE SEGUNDA MANO. OFERTA CONDICIONADA A NO DEJAR SU COCHE A

										CAMBIO
GETAFE	TIBERMOTOR	CTRA. A-42 (MADRID-TOLEDO), KM. 14,400 - SALIDA GETAFE SECTOR 3	INCLUYE CONTROL DISTANCIA APARCAMIENTO TRASERO	36.882,96	36.882,97	0,01				
ALCOBENDAS	TURISMOS MADRID	AVDA. DE LA INDUSTRIA, 7		36.389,40	36.389,40	0,00				

TASACIONES DE VEHÍCULOS

REF.	MODELO	AÑO	EUROTAX
1	SEAT CÓRDOBA 1.9 TDI 100 CV MODELO TOP	2005	4.260,00
2	VOLKSWAGEN PASSAT 1.9 TDI 130CV HIGHLINE	2001	4.080,00

Así, el informe que acaba de reproducirse muestra en rojo las ofertas económicas que se desviaban de lo acordado por los concesionarios participantes en el cártel y aquellas observaciones que pudieran resultar de interés para todos éstos, como “MENCIONA AUDITORÍAS” en el caso del concesionario AUTO ELIA.

En un correo electrónico remitido el 10 de marzo de 2010 por ANT a los concesionarios participantes en este cártel se confirma que se están realizando las visitas previstas en marzo y que próximamente se remitirían los informes de las realizadas en febrero, solicitando ANT hacer entrega directamente de dichos informes en las reuniones que este cártel celebraba de manera habitual⁵⁶:

“(…) En estos momentos se está realizando la oleada del mes de marzo. Los informes de febrero están siendo sometidos a revisión y en pocos días los tendremos terminados.

Creo que sería interesante reunirnos para entregaros en mano los resultados de febrero, y comentar todo lo hecho hasta ahora. Normalmente no suelo acudir a reuniones de concesionarios pero dado que desde que hemos vuelto a retomar este tema no nos hemos reunido, no estaría de más que nos pusiéramos al día. Por tanto, me pongo a vuestra disposición para que el día que mejor convenga reunirnos y tratar este tema, podemos aprovechar alguna reunión que tengáis en estas fechas.

En cualquier caso si pensáis que no es necesario o no son buenas fechas, lo podemos dejar para más adelante, en ese caso os enviaré por mail los resultados de febrero, como hice con los de enero.

Aprovecho para recordaros que estoy a vuestra disposición para atender cualquier duda o consulta que haya podido surgir del trabajo ya entregado o del que actualmente estamos realizando.

Agradezco vuestra atención, recibid un cordial saludo,

(Gerente y Director Financiero de ANT)”.

El 15 de marzo de 2010 se celebró otra reunión del cártel, como evidencian las anotaciones manuscritas que se recabaron en la inspección de ANT⁵⁷, en las que se hace referencia al método para el cálculo de la oferta económica que debía ser ofrecida al cliente o que dado que finalmente SWEDISH CARS no se había sumado a este cártel, cabe la competencia con dicho concesionario (“OJO, SI EL CTE DICE Q HA ESTADO EN SWEDISH ENTONCES TODO ESTÁ PERMITIDO”).

⁵⁶ Correos electrónicos intercambiados entre ANT, TBERMOTOR, BATTICALOA, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SERVAUTO Y SIMPSON CARS, con Asunto: CONFIRMADO CON TODOS LUNES A LAS 14:00 EN GOYA DONDE LA OTRA VEZ, recabado en la inspección de ANT (folios 6121 a 6123 y 6126 a 6129).

⁵⁷ Documentación incluida en la carpeta “2010 VOLVO MADRID”, recabada en la inspección de ANT (folio 128).

El 15 de abril de 2010 TBERMOTOR convocó a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO a otra reunión el 19 de abril en la sede de SERVAUTO, como era habitual, con los siguientes objetivos⁵⁸:

“(...) Objetivo reunión:

1º Mystery, tenemos nueva oleada el lunes por la mañana, analizar su revisión.

2º auditorías, llamé ayer a (...) de Horwarth, quien me dijo habló el lunes con (Gerente de SERVAUTO), quien le dijo de recibir sus visitas la primera vez en mayo, agrupando marzo y abril.

3º y MAS IMPORTANTE, TRATAR NUEVA ESTRATEGIA PARA ABRIL Y MAYO, no digo más, todos entendéis el punto 3º (...).”

Al día siguiente, 16 de abril de 2010, los concesionarios participantes en este cártel habían confirmado su asistencia a la reunión del 19 de abril, por lo que desde TBERMOTOR se envió otro correo electrónico a todos ellos, indicando lo siguiente⁵⁹:

“(...) SUGIERO: LLEVEMOS NUESTRO STOCK DISPONIBLE QUE SE DESEE COMPARTIR Y CEDER ANTES DE LA LLEGADA DEL MYEAR 2011.

*Todos tenemos crisis gorda sin XC60 y la movida de los rechazos en XC60,
Pero seguro tenemos modelos y unidades que nos interesa desprendernos lo antes posible,*

*(...9 Un abrazo, buen finde, buenas ventas, no os paséis de descuentooooo.
EL LUNES POR LA MAÑANA ECHAR UN OJO AL INFORME MISTERY.”*

Estos correos electrónicos fueron reenviados por el Director General de TBERMOTOR al Gerente de ANT, solicitándole el envío de los informes mensuales con el fin de que los concesionarios pudieran analizarlos y comentarlos durante la citada reunión⁶⁰.

El 30 de abril de 2010 TBERMOTOR envió un correo electrónico al Gerente de ANT, con copia al resto de concesionarios participantes en este cártel, haciéndole observaciones relacionadas con la operativa de los evaluadores de ANT⁶¹:

⁵⁸ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR el 5 de abril de 2010 a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, reenviado por TBERMOTOR a ANT el 16 de abril de 2010, recabados en la inspección de ANT (folios 6116 y 6117).

⁵⁹ Correo electrónico enviado por el Director General de TBERMOTOR el 15 de abril de 2010 a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, reenviado por TBERMOTOR a ANT el 16 de abril de 2010, recabados en la inspección de ANT (folios 6116 y 6117).

⁶⁰ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR el 16 de abril de 2010 a ANT, recabado en la inspección de ANT (folio 6116), recabado en la inspección de ANT.

⁶¹ Correo electrónico enviado el 30 de abril de 2010 por el Director General de TBERMOTOR al Gerente de ANT, con copia a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, con asunto: “INDICACIONES A TENER EN CUENTA PARA EVALUACIONES MAYO”, recabado en la inspección de ANT (folio 91).

“Queremos pedirte por favor pongas en marcha los siguientes puntos después de analizar el último informe:

1º subir a más o menos 300 eur de apriete para cierre, NO VALE CON SOLO 100 EUR COMO AHORA, sin que se note expresamente la cifra pero así nos vamos a algo más razonable que es un 1% del escandallo

2º no queremos llegar al extremo de firmar el pedido, que luego lógicamente no es tal pedido, Nos ha parecido buena idea por tu parte, profesional por vuestra parte,

Pero no queremos llegar tan lejos,

Queremos evitar la reserva del coche, cabreo monumental del vendedor, su desmotivación, etc.

Se puede decir de palabra lo que sea necesario, PERO NO FIRMAR UN PEDIDO

3º tasaciones.

Si hay tasaciones, nos gustaría que hubiera tasaciones para todos,

Aunque lógicamente no fuera el mismo coche,

Pero sí que hubiera alguna tipo de coche, si para uno, dos o tres conces hay tasación,

Nada más de momento, en cuanto tengas más informes nos los haces llegar, gracias, saludos

(Director General de TIBERMOTOR)”.

Ese mismo día contestó el Gerente de ANT, manifestando lo siguiente en relación a los cambios en la operativa de las visitas de sus evaluadores⁶²:

“Buenos días a todos.

Espero que las cosas vayan por el buen camino. Acerca de estos puntos os comento:

1.-Si veis la última tabla de marzo las incidencias son de una cantidad en torno a los 200 € e incluso más en la mayoría de los casos. Eso quiere decir que nuestro evaluador aprieta en torno a esa cantidad. No obstante la subiremos a esos 300 € aproximadamente, sin que se nos note.

2.- Tenéis razón, lo mejor es no firmar pedido. En marzo hubo un caso el que si no se firmaba pedido no había manera de conseguir dicha oferta por escrito, así que sin entregar dinero a cambio el evaluador vio esa oportunidad de conseguir la oferta escrita. En cualquier caso firmó un formulario de pedido

⁶² Correo electrónico enviado el 30 de abril de 2010 por el Gerente de ANT al Director General de TIBERMOTOR, con copia a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, recabado en la inspección de ANT (folio 90).

habiéndole informado el vendedor previamente de que hasta que no se realizase la transferencia no iba a pedirse el coche. No obstante a partir de ahora no firmaremos y así no hay reserva del coche. Como bien dices, lo pondremos de palabra, como en tantas otras ocasiones.

(...) Para terminar, comentaros también que en ocasiones enviamos evaluadores con coche a tasar y no es posible la tasación porque no está el tasador. Así y todo iremos incrementando el número de tasaciones a menos que indiquéis lo contrario.

Nada más, salvo recordaros que los cambios de los que hemos hablado en este mail serán aplicados a partir de las evaluaciones de mayo pues abril ya lo tenemos casi cerrado.

Tardaremos un poco en enviaros los informes y tabla de resultados pues tenemos algo de atasco y hay que revisar bien cada informe (...).

(Gerente y Director Financiero de ANT)".

En septiembre de 2010 TBERMOTOR convocó otra reunión del cártel, en la que también participaría HORWATH, pues los concesionarios participantes en este cártel tenían la intención de conocer los servicios que ofrecía dicha empresa a los efectos de monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados⁶³:

"Hola colegas de Volvo,

He llamado hoy a (...) de Horwarth, he fijado reunión próximo miércoles 8 septiembre 16:00 en Goya Servauto.

Los temas a tratar ya lo sabemos todos, retomar las reuniones de antes del verano, revisión trabajos de mayo y junio, etc. (...)

(Director General de TBERMOTOR)".

La reunión quedó confirmada para la fecha prevista del 8 de septiembre, como indica el correo electrónico que el Director de TBERMOTOR remitió a los concesionarios participantes en este cártel y a HORWATH, posteriormente reenviados al Gerente de ANT⁶⁴.

⁶³ Correo electrónico de 3 de septiembre de 2010 enviado por TBERMOTOR a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, con copia a HORWATH y asunto: "PROPUESTA PRÓXIMO MIÉRCOLES 8 SEPTIEMBRE A LAS 16:00 EN SERVAUTO GOYA TEMA HORWATH", reenviado por TBERMOTR a ANT el 6 de septiembre de 2010, recabados en la inspección de ANT (folio 6113).

⁶⁴ Correo electrónico de 6 de septiembre de 2010 enviado por TBERMOTOR a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, con copia a HORWATH y asunto: "CONFIRMADO ESTE MIÉRCOLES DÍA 8 SEPT. A LAS 16:00 EN SERVAUTO GOYA", reenviado por correo electrónico de 6 de septiembre de 2010 por TBERMOTOR a ANT (folio 6113), recabados en la inspección de ANT.

El 9 de septiembre de 2010 ANT envió a AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS la tabla resumen de resultados obtenidos tras las visitas realizadas en agosto de 2010⁶⁵:

“Estimados señores,

Siguiendo las instrucciones recibidas por el (directivo de ventas de TIBERMOTOR) les envío nuevamente la tabla de resultados de Volvo del mes de Agosto, ya que en la anterior había un error en el cálculo del precio del modelo C30.

Disculpen las molestias.

Reciban un cordial saludo,

(Responsable de Administración de ANT)”

El 9 de mayo de 2011 el Gerente de ANT trasladó al Director General de TIBERMOTOR las condiciones de venta exigibles para las visitas a realizar dicho mes en relación con vehículos de la gama 60, que le habían sido comunicadas en la conversación mantenida por dicho directivo de ANT con el Ejecutivo de ventas de dicho concesionario⁶⁶:

“Buenas tardes (Director General de TIBERMOTOR), paso a detallarte la conversación que hemos mantenido con (Ejecutivo de Ventas de TIBERMOTOR).

Desde este mes pediremos modelos sencillos y de venta habitual. Las características de los modelos a pedir serán las siguientes:

-Vehículos de la Gama 60 (V60, S60 y XC60)

-Habitualmente solicitaremos la versión “Momentum”.

-No pediremos la motorización “DRIVE”, nos centraremos en la motorización D3, pudiendo pedir modelos automáticos o manuales.

-No solicitaremos extras complicados. Como posibles extras nos centraremos en la pintura metalizada y, en ocasiones, en el “Pack Family”.

Las nuevas condiciones son las siguientes:

Modelo XC60

4% Dto, sea stock o pedido a fábrica.

Resto de modelos

-3% Dto. Pedidos a fábrica.

⁶⁵ Correo enviado por ANT a AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS el 9 de septiembre de 2010, con asunto Tabla modificada Agosto, adjuntando el documento “RESUMEN_VOLVO_MADRID_AGO10.xls”, recabado en la inspección de ANT (folios 6111 y 6112).

⁶⁶ Correo electrónico de 9 de mayo de 2011 de ANT a TIBERMOTOR, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 6109).

-7% Dto. Coches stock.

Un saludo,

(Gerente y Director Financiero de ANT)”.
Un saludo,

Constan en el expediente las facturas expedidas por ANT a concesionarios participantes en este cártel, en las que estos servicios se facturan en concepto de los denominados “estudios de mercado”, si bien como se ha acreditado, sobre todo, por la información recabada en la inspección de ANT, dichos informes respondían al seguimiento de los acuerdos adoptados por el cártel. De hecho, en estas facturas recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT, se aprecia identidad de conceptos y de fechas en las que se expiden a concesionarios participantes en este cártel, constatando que se trata de estudios idénticos, contratados y realizados en misma fecha a estos concesionarios para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por este cártel:

- Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA en 2007, 2010 y 2011⁶⁷.
- Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS en 2011⁶⁸.
- Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO en 2007, 2010 y 2011⁶⁹.
- Facturas expedidas por ANT a TIBERMOTOR en 2007, 2010 y 2011⁷⁰.

Por lo que respecta a los modelos evaluados por ANT en sus visitas a los concesionarios, los informes que constan en el expediente están relacionados generalmente con vehículos de la marca VOLVO modelos XC 60 y C30, si bien como se indicó en el correo enviado por ANT a los concesionarios de la marca VOLVO el 19 de enero de 2010, “(...) los modelos a evaluar será toda la gama. *“Cada mes realizaremos dos estudios, uno de ellos siempre centrado en el XC 60 y el otro en un modelo del resto de la gama”*⁷¹, y en las visitas realizadas en mayo de 2011 se indica que los modelos a evaluar serían los *“Vehículos de la Gama 60 (V60, S60 y XC60)”*⁷².

Por último mencionar que los participantes en el acuerdo, tanto ANT como los concesionarios participantes en este cártel, eran conscientes del carácter ilícito de su conducta, como se evidencia de las referencias que se hacen a la

⁶⁷ Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA de abril a septiembre de 2007 (folios 2 a 8), de febrero a diciembre de 2010 (folios 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29), recabadas en la inspección de ANT.

⁶⁸ Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS de agosto a diciembre de 2010 (folios 30 a 34), recabadas en la inspección de ANT.

⁶⁹ Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO de abril a septiembre de 2007 (folios 35 a 40), de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60), recabadas en la inspección de ANT.

⁷⁰ Facturas expedidas por ANT a TIBERMOTOR de abril a agosto de 2007 (folios 61 a 65), de febrero a diciembre de 2010 (folios 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86), recabadas en la inspección de ANT.

⁷¹ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por ANT a TIBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 6288).

⁷² Correo electrónico de 9 de mayo de 2011 remitido por ANT a TIBERMOTOR, recabado en la inspección de ANT (folio 6109).

confidencialidad en las comunicaciones o en la discreción en las mismas en varias ocasiones. Así, por un lado ANT en las presentaciones de su metodología de trabajo indica lo siguiente⁷³:

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

Y por otra parte, en algunas de las comunicaciones de TIBERMOTOR, como en una de las primeras tras retomar las relaciones con ANT, cuando en un correo electrónico convoca al resto de concesionarios a una reunión para tratar cuestiones de política comercial y les advierte lo siguiente⁷⁴:

*“(…) EL CONTENIDO DE ESTE MAIL ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE...QUIERO DECIR...POR FAVOR SOLO PARA NOSOTROS,
PARA NADIE MÁS.
CONFÍO EN TODOS VOSOTROS, LO DIGO EN SERIO.”*

O en otro correo electrónico de TIBERMOTOR a ANT y al resto de concesionarios participantes en este cártel, indicándole al Gerente de ANT que continúan con el proyecto y especifica⁷⁵:

*“(…) Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail,
IMPORTANTE: DISCRECIÓN EN EL USO DE ESTE MAIL, NO REENVIAR POR FAVOR (…)”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la

⁷³ Documentación recabada en la inspección de ANT, incluida en la carpeta “VOLVO Madrid 2010” (folios 126 y 127).

⁷⁴ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 13 de enero de 2010, reenviando el correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, con asunto: MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis...), adjuntando los documentos RESUMEN_VOLVO_MADRID_NOV09.xls (124,42 kB) y SONDEO-VOLVO MADRID.DOC (83,97 kB), recabados en la inspección de ANT (folios 6293 a 6296 y 6304).

⁷⁵ Correo electrónico de 2 de febrero de 2010 enviado por TIBERMOTOR a ANT, con copia a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SERVAUTO, con asunto: “PROYECTO Mystery Volvo Madrid”, recabado en la inspección de ANT (folio 6233).

misma Ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las conductas investigadas constituyen prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC consistentes en acuerdos para fijar precios y en intercambios de información sensible entre empresas concesionarias de vehículos de la marca VOLVO.

La Dirección de Competencia considera que la conducta analizada es una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC que debe tener la calificación de cártel.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, dado que las conductas sancionables se producen desde octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, es de aplicación la Ley 15/2007, por ser la Ley vigente en ese periodo infractor.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto al Consejo que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC calificada de cártel por los acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales así como el intercambio de información comercial sensible, adoptados y aplicados por los concesionarios de la marca VOLVO: AUTO ELIA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L.U. y TBERMOTOR SUR, S.L., con la colaboración de ANT SERVICIALIDAD, S.L., desde al menos octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, constituyen una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC, que entran dentro de la definición de cártel, en la medida que empresas competidoras adoptaron un acuerdo para fijar precios y condiciones comerciales, intercambiando información estratégica y comercialmente sensible con la colaboración de A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca VOLVO, restringiendo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de esa marca con el consiguiente perjuicio para el consumidor.

Según la Dirección de Competencia, se ha acreditado que el cártel se habría llevado a cabo desde febrero hasta septiembre de 2007, interrumpiéndose

temporalmente en septiembre de 2007, para reiniciarse nuevamente en octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, con la participación de los citados concesionarios y ANT, sumándose TURISMOS MADRID⁷⁶ y SIMPSON CARS y en enero de 2010, BATTICALOA. En consecuencia, según la Dirección de Competencia, el periodo comprendido entre febrero y septiembre de 2007 se encuentra prescrito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC.

Por otro lado, la Dirección de Competencia considera que el Director General de TBERMOTOR SUR, S.L. habría participado en el diseño e implementación de los acuerdos para fijar precios y condiciones comerciales e intercambiar información estratégica y comercialmente sensible, homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca VOLVO, que dan lugar a una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC, sancionada de conformidad con lo previsto en el artículo 63.2 de la LDC.

Asimismo, la Dirección de Competencia señala que ha de tenerse en cuenta que los concesionarios independientes de la marca VOLVO incoados en este expediente sancionador no sólo adoptaron los citados acuerdos anticompetitivos, sino que los llevaron a cabo, realizándose un seguimiento de su cumplimiento, contratando para ello los servicios de la empresa ANT. Para la citada Dirección, los acuerdos sobre precios han suprimido la competencia existente, con efectos directos respecto de la principal variante competitiva, esto es, los precios.

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

La Dirección de Competencia propone que esta conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Sobre la antijuridicidad de la conducta

El artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

⁷⁶ Esta empresa se ha declarado disuelta. Véanse al respecto, el Auto de declaración de concurso de 20-09-2010 (JM 1 Madrid, autos 562/2010) y el Auto de aprobación del plan de liquidación de 04-05-2016 (JM 1 Madrid, autos 562/2010).

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Por su parte, la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley considera cártel *“todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*.

De acuerdo con la jurisprudencia sólidamente asentada (por todas Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998), para que exista infracción de las normas de competencia de las conductas previstas en los artículos 1 de la LDC, deben cumplirse una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello.

En el presente expediente nos encontramos ante una serie de conductas que encajan en las prácticas prohibidas previstas en los artículos 1 LDC, y constituyen, como veremos, una restricción por objeto, que han tenido la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia por parte de los concesionarios independientes de la marca VOLVO.

En efecto, esta Sala considera acreditado que los concesionarios independientes de la marca VOLVO integrantes del grupo denominado “VOLVO Madrid”, competidores entre ellos, han estado adoptando acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y han estado intercambiado información estratégica de manera periódica durante varios años. Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC que, además, cumple los requisitos previstos en el apartado segundo de la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley para ser calificada de cártel.

Como bien indica la Propuesta de Resolución haciendo alusión a decisiones recientes de esta Sala⁷⁷, y en contra de lo que señalan algunas de las empresas

⁷⁷ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015 en los Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEATNVV.

en sus escritos de alegaciones, los concesionarios, en el ejercicio de su libertad de empresa, fijan los precios finales de venta al consumidor limitándose los fabricantes a comunicar el precio de venta recomendado, por lo que cualquier acuerdo entre concesionarios sobre la fijación de uno de los elementos del precio final de venta al público del vehículo, como son los descuentos máximos, tasación o regalos ofrecidos, supone una infracción del artículo 1 de la LDC, ya que se persigue coordinar una estrategia competitiva en materia de precios con el fin último de preservar su margen comercial y reducir la tensión competitiva.

Algunas empresas han alegado que no tienen capacidad para fijar el precio final del vehículo, toda vez que es el fabricante quien “invade, de forma absoluta, la esfera comercial del concesionario”.

Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente, en términos medios ponderados sobre los precios de venta recomendados, el concesionario obtiene un margen fijo del 9% de cada vehículo y adicionalmente puede llegar a obtener un margen variable de hasta un 7% ligado a un sistema de remuneración que tiene en cuenta, entre otros elementos, los índices de satisfacción de clientes, el cumplimiento de ciertos estándares avanzados y la consecución de las cifras de referencia de ventas de vehículos nuevos y usados acordadas entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios⁷⁸. En concreto, el contrato firmado entre VOLVO ESPAÑA y los concesionarios recoge esta cuestión relativa al precio⁷⁹:

“Decimocuarta. - Precios de Reventa

Volvo podrá hacer recomendaciones sobre los precios de venta al público, e incluso establecer precios máximos de venta. No obstante, el Concesionario establecerá libremente los precios y descuentos de los Vehículos Volvo que venda, siempre y cuando respete, en su caso, el precio máximo determinado por Volvo”.

En este caso, el precio final se ha determinado por los concesionarios de la marca VOLVO participantes en el cártel a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (descuentos máximos, regalos, tasaciones), lo que no implica necesariamente una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados por los concesionarios, pero sí una coordinación que persigue aproximar la uniformidad del precio final entre los partícipes del mismo, teniendo en cuenta que hay un precio orientativo de partida recomendado de venta al público por parte del fabricante hacia todos los concesionarios.

La experiencia de esta Autoridad de Competencia permite afirmar la existencia de una diversidad de conductas sobre la aplicación coordinada de precios que difieren del tradicional acuerdo de fijación de precios finales idénticos o simétricos, pero que igualmente suponen un claro menoscabo de la libre competencia y

⁷⁸ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folios 8492 y 8497).

⁷⁹ Información aportada por VOLVO ESPAÑA en su respuesta al requerimiento de información realizado (folio 8502).

deben ser sancionados. Ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución de 31 de julio de 2010 de la CNC, en la que se sancionó un acuerdo sobre el orden de magnitud del incremento de los precios⁸⁰. El Consejo en aquella ocasión señaló lo siguiente:

“Este Consejo no cuestiona –y, por ello, no se ha considerado necesaria la práctica de prueba propuesta a este respecto por SALVAT, TRANSNATUR e INTER-TIR- que existan diferencias en los precios finales que las empresas cobran por los servicios transitarios a sus clientes. Pero la práctica que se considera prohibida en este caso no consiste en que las empresas hayan fijado precios uniformes, sino que han fijado el orden de magnitud de los incrementos a aplicar a las tarifas que sirven de base, según declaran las propias empresas, para la negociación con sus clientes”.

Confirmando lo indicado por el Consejo de la CNC en la citada Resolución, la Audiencia Nacional ha reiterado que ello supone una restricción por objeto, pues suprime la incertidumbre en cuanto al precio, lo que determina la aptitud para distorsionar la libre competencia, señalando lo siguiente⁸¹:

“(…) Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado las empresas sancionadas sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa.

El hecho de que hayan existido precios, que no tarifas, distintos al ser aplicados a los clientes, admitiendo en este sentido las conclusiones de las periciales aportadas por la actora no empece, como entiende la resolución impugnada (f.97, cuando indica que hay diferencias en los precios finales), que el cártel haya consistido en la fijación de una horquilla en cuanto al precio, que resultaba ser claramente anticompetitiva, al margen de que los clientes, dispusiesen de cierto negociador, pero ya bastante más limitado”.

Los acuerdos para fijar las condiciones comerciales, en este caso, los descuentos máximos a aplicar y otros incentivos de captación de clientes por los concesionarios, resultan evidentes de la información que obra en el expediente, siendo particularmente valiosa la información recabada en la empresa ANT. Así, el servicio contratado y prestado por la empresa ANT consistía en evaluar el nivel

⁸⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitarios.

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2014, recurso nº 568/2010, interpuesto contra la Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitarios.

de cumplimiento de los acuerdos⁸². Consta en la documentación obtenida en las inspecciones como ese control se realizaba sobre los modelos de la marca VOLVO y se perseguía obtener información sobre los descuentos comerciales realizados por los participantes y otros elementos como tasación o regalos ofrecidos. Esta información era posteriormente puesta a disposición de todos los concesionarios para evaluar el cumplimiento de lo acordado a través de la detección de las denominadas “incidencias”.

De las condiciones pactadas con ANT se evidencia que el entramado organizativo diseñado por las partes presenta muchas de las características propias de los cárteles, tales como⁸³ la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad con la que se celebraban los encuentros entre los concesionarios, la utilización de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos, y la detección de incumplimientos para poder llevar a cabo represalias contra las empresas incumplidoras.

En relación con el carácter secreto de los acuerdos, cabe destacar que existe por las partes una clara intención de ocultar el cártel al mercado de venta de vehículos, tal como se desprende sin ningún tipo de duda de las propias condiciones pactadas entre los concesionarios y ANT, cuando se manifiesta lo siguiente⁸⁴:

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

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

Se procura con ello, dotar a los servicios de una apariencia de legalidad a través del uso de expresiones poco sospechosas y con capacidad para pasar desapercibidas por terceros ajenos a los acuerdos, incluidos los propios evaluadores de ANT. Ello además, determina la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de sus autores.

Otro elemento que permite considerar la existencia de un acuerdo colusorio entre las partes se refiere a la periodicidad con la que se producían los contactos.

⁸² La prestación de los servicios de ANT a las empresas participantes del cártel queda acreditada en las Facturas de ANT a AUTO ELIA de abril a septiembre de 2007 (folios 2 a 8), de febrero a diciembre de 2010 (folios 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29); SIMPSON CARS de agosto a diciembre de 2010 (folios 30 a 34); SERVAUTO de abril a septiembre de 2007 (folios 35 a 40), de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60); TIBERMOTOR de abril a agosto de 2007 (folios 61 a 65), de febrero a diciembre de 2010 (folios 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86).

⁸³ Véase, la resolución de la CNC S/0185/09 Bombas de fluidos y la SAN de 5 de febrero de 2013 (recurso 420/2011).

⁸⁴ Documentación recabada en la inspección de ANT, incluida en la carpeta “VOLVO Madrid 2010” (folios 126 y 127).

ANT remitía la información a los concesionarios mensualmente, haciendo referencia expresa a las denominadas “incidencias” o “irregularidades”, es decir, a los incumplimientos detectados⁸⁵:

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

Consta acreditado, además, que existía un contacto directo periódico entre competidores a través del envío de correos electrónicos y reuniones periódicas. Así, consta en el expediente, al menos, la celebración en 2010 de 5 reuniones, en concreto, el 13 de enero⁸⁶, el 18 de enero⁸⁷, el 15 de marzo⁸⁸ (en este caso, convocada por ANT), el 19 de abril⁸⁹ y el 8 de septiembre de 2010⁹⁰.

Por otro lado, también consta expresamente en las condiciones pactadas la existencia de un sistema de detección de incumplimientos o irregularidades, que quedaban reflejados en los informes remitidos por ANT como “*incidencias*”, tal como se indica en la presentación de ANT⁹¹.

“INCIDENCIAS - SE REFLEJARÁ CUALQUIER TIPO DE INCIDENCIA IMPORTANTE QUE PUEDA AFECTAR A LA OFERTA EN UN APARTADO DE “OBSERVACIONES”.

O tal como se señala en el correo del Gerente de ANT, manifestando lo siguiente en relación a los cambios en la operativa de las visitas de sus evaluadores⁹²:

“Buenos días a todos.

Espero que las cosas vayan por el buen camino. Acerca de estos puntos os comento:

1.-Si veis la última tabla de marzo las incidencias son de una cantidad en torno a los 200 € e incluso más en la mayoría de los casos. Eso quiere decir

⁸⁵ Folio 6316.

⁸⁶ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR a AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR el 12 de enero de 2010 (folio 6293), recabado en la inspección de ANT.

⁸⁷ Correo electrónico de 15 de enero de 2010 enviado por TBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, SIMPSON CARS, SWEDISH y TURISMOS MADRID (folio 6292), recabado en la inspección de ANT.

⁸⁸ Correos electrónicos intercambiados el 10 y 11 de marzo de 2010 entre ANT, TBERMOTOR, BATTICALOA, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SERVAUTO y SIMPSON CARS, recabados en la inspección de ANT (folios 6126 a 6128).

⁸⁹ Correo electrónico de 16 de abril de 2010 enviado por TBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA (folios 6116 6117), recabado en la inspección de ANT.

⁹⁰ Correos electrónicos enviados por TBERMOTOR el 3 y el 6 de septiembre de 2010 a ANT y AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA, recabados en la inspección de ANT (folio 6113).

⁹¹ Folio 6328.

⁹² Correo electrónico enviado el 30 de abril de 2010 por el Gerente de ANT al Director General de TBERMOTOR, con copia a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, recabado en la inspección de ANT (folio 90).

que nuestro evaluador aprieta en torno a esa cantidad. No obstante la subiremos a esos 300 € aproximadamente, sin que se nos note.

En cuanto a la participación de las empresa ANT, sin perjuicio de lo que más adelante se añadirá en la presente resolución, supone un valor añadido para la efectividad de los acuerdos y, además, un elemento característico de este tipo de conductas que no resulta novedoso para esta Autoridad de Competencia.

Esta Sala considera que nos encontramos ante un mecanismo de control típico de los cárteles llevado a cabo por ANT, y que conlleva un intercambio continuo de información estratégica entre los participantes del cártel para el control y seguimiento del mismo, a través del envío consentido de la información obtenida por ANT al resto de concesionarios y en las citadas reuniones, siendo ésta, a juicio de esta Sala, la verdadera finalidad de los servicios contratados a ANT por parte de los concesionarios integrantes del cártel.

Este intercambio de información estratégica entre competidores resulta también una práctica restrictiva de la competencia.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal⁹³ establecen que cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará una conducta restrictiva de la competencia por su objeto.

Las Directrices citan como ejemplo de información estratégica aquélla referida a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos.

Así, cuando este tipo de información considerada estratégica, cuya confidencialidad suele ser reclamada por las propias empresas⁹⁴, es compartida entre competidores, se reduce la autonomía e independencia de actuación en el mercado por parte de las empresas, y ello redundaría negativamente en los mercados y, en particular en los consumidores finales, razón por la que este tipo de prácticas de intercambios de información son perseguidas y sancionadas habitualmente por las autoridades de competencia.

Es indudable, a raíz de cuanto se ha señalado, y a diferencia de lo que señalan las partes, que el tipo de información aquí intercambiada, particularmente sobre los precios de venta y los descuentos aplicados debe ser considerada información

⁹³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114%2804%29&from=ES>

⁹⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial. Las citada normas, citan como ejemplos de información confidencial los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

estratégica de las empresas, por lo que su puesta en conocimiento al resto de competidores rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado, sin que haya una justificación que permita considerar que tal intercambio puede suponer una eficiencia para el sector.

TIBERMOTOR ha señalado que la información intercambiada se refería a precios de venta al público publicados por la marca y que era información pública. Sin embargo, esta Sala considera que los precios y condiciones comerciales y de servicios previamente pactados, no eran, obviamente, los precios recomendados por la marca. Así se refleja por ANT al especificar el contenido de los denominados “estudios de mercado”, en el documento de ANT incluido en la carpeta denominada “VOLVO Madrid 2010” recabada en la inspección de su sede, ya mencionado anteriormente, en el que se indicaba que la tabla resumen a remitir a los concesionarios incluye la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada uno de éstos, incluyéndose también las incidencias detectadas en cuanto al incumplimiento respecto de los términos acordados en cuando a precios y condiciones comerciales o de servicios⁹⁵:

“(...) Presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza.

A tener en cuenta:

(...) 3.-Transparencia.- Los datos de calidad referidos a cada concesionario solo los conocerá cada concesionario. Sin embargo, la información que se compartirá será la referida a las ofertas conseguidas, que se reflejarán de forma clara y homogénea en una tabla resumen teniendo en cuenta la oferta total, es decir el modelo completo, el precio conseguido, el valor de tasación en su caso y los regalos conseguidos.

También se reflejará cualquier tipo de incidencia importante que pueda afectar a la oferta en un apartado de "observaciones" (...)."

Y así se constata en las citadas tablas resumen que efectivamente incluía los precios de referencia, oferta final, diferencia, regalos, tasaciones ofertadas y las incidencias detectadas respecto del incumplimiento de los acuerdos adoptados.

Los acuerdos de fijación de precios y los intercambios de información podrían perfectamente constituir infracciones independientes si se hubieran ejecutado de forma aislada por las empresas imputadas. En este sentido, el artículo 1 de la LDC incluye ambas conductas entre las prácticas prohibidas. No obstante, esta posible tipificación como infracción independiente no impide la integración de ambas conductas en una infracción única y continuada de naturaleza compleja ya que una complementa a la otra.

⁹⁵ Documentación recabada en la inspección de ANT, incluida en la carpeta “VOLVO Madrid 2010” (folios 126 y 127).

Ha quedado probado que el intercambio de información forma parte integrante del cártel de fijación de precios al configurarse como un mecanismo de control del cumplimiento del mismo por parte de las empresas y el apartado 59 de las Directrices considera que *“el intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel”*.

Por tanto, y a diferencia de lo que considera AUTO ELIA, el intercambio de información es un elemento que facilita los acuerdos y, en consecuencia, es parte integrante de la conducta constitutiva del cártel.

En conclusión, esta Sala confirma la calificación de la Dirección de Competencia sobre la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, consistente en acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales, así como en intercambios de información estratégica entre los concesionarios de la marca VOLVO.

4.2.- Duración de la conducta. Infracción única y continuada.

Consta acreditado que el cártel se habría llevado a cabo desde febrero hasta septiembre de 2007, interrumpiéndose temporalmente en septiembre de 2007, para reiniciarse nuevamente en octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, con la participación de los citados concesionarios y ANT, sumándose TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS y en enero de 2010, BATTICALOA.

En consecuencia, en concordancia con la Dirección de Competencia, dado que existe un periodo superior a dos años en los que no ha podido acreditarse la continuidad de la conducta, el periodo infractor a considerar en este expediente se refiere al que transcurre desde octubre de 2009 hasta diciembre de 2011, en el que sí se aprecia una continuidad en los hechos.

Por todo ello, la infracción se habría llevado a cabo ininterrumpidamente desde octubre de 2009 a diciembre de 2011, sin perjuicio de la participación individual de cada concesionario que será tenida en cuenta a los efectos de aplicar la sanción que corresponda.

Dentro del conjunto de evidencias contenidas en el expediente, podemos destacar a modo de ejemplo, las siguientes a los efectos de acreditar el periodo de duración de la conducta.

Así, con fecha 16 de octubre de 2009, TBERMOTOR le envió a ANT un correo electrónico en el que reconoce que el sistema de control de los descuentos que ya se ha puesto en marcha no funciona bien del todo y que un acuerdo sin

auditoría no tiene sentido y por ello vuelve a contactar con ANT para que lleve a cabo el control del seguimiento de los acuerdos⁹⁶.

En este sentido, y a diferencia de lo que señala TBERMOTOR, en este periodo ya se constata la existencia de acuerdos y contactos anticompetitivos.

ANT llevó a cabo los estudios a los concesionarios indicados por TBERMOTOR, como evidencia el correo electrónico de 12 de enero de 2010 enviado por TBERMOTOR en el que convoca a AUTO ELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR a una reunión en la sede de SERVAUTO, adjuntando el estudio solicitado a ANT respecto a los descuentos acordados y solicitándoles expresamente la confidencialidad de este correo, que reenvía posteriormente al Gerente de ANT⁹⁷.

Igualmente, como ya ha quedado acreditado constan en el expediente los correos electrónicos de ANT a TBERMOTOR, TURISMOS MADRID, BATTICALOA, SIMPSON, SERVAUTO y AUTO ELIA con la documentación mencionada, comparando las ofertas recibidas en estos concesionarios, transcribiéndose la ficha con los datos técnicos y la tabla resumen remitida a todos ellos tras las visitas realizadas en enero de 2010⁹⁸.

En un correo electrónico remitido el 10 de marzo de 2010 por ANT a los concesionarios participantes en este cártel se confirma que se están realizando las visitas previstas en marzo y que próximamente se remitirían los informes de las realizadas en febrero, solicitando ANT hacer entrega directamente de dichos informes en las reuniones que este cártel celebraba de manera habitual⁹⁹.

El 15 de marzo de 2010 se celebró otra reunión del cártel, como evidencian las anotaciones manuscritas que se recabaron en la inspección de ANT¹⁰⁰, en las que se hace referencia al método para el cálculo de la oferta económica que debía ser ofrecida al cliente.

⁹⁶ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR a ANT el 16 de octubre de 2009, reenviando el correo enviado por TBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 16 de octubre de 2009, Asunto: IMPORTANTE: Seguimiento Ofertas, recabado en la inspección de ANT (folios 6297 a 6299).

⁹⁷ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR a ANT el 13 de enero de 2010, reenviando el correo enviado por TBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, asunto: MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis...), adjuntando los documentos RESUMEN_VOLVO_MADRID_NOV09.xls (124,42 kB) y SONDEO-VOLVO MADRID.DOC (83,97 kB), recabados en la inspección de ANT (folios 6293 a 6296 y 6304).

⁹⁸ Correos electrónicos enviados el 19 de febrero de 2010 por ANT a TBERMOTOR (folios 6130 y 6166) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folios 6132 y 6167), TURISMOS MADRID (folio 6133) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6134), BATTICALOA (folio 6150), junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6151), SIMPSON CARS (folio 6183) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6184), SERVAUTO (folio 6200) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6201) y AUTOELÍA (folio 6217) junto al anexo RESUMEN VOLVO MADRID ENE10.xls (folio 6225).

⁹⁹ Correos electrónicos intercambiados entre ANT, TBERMOTOR, BATTICALOA, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SERVAUTO Y SIMPSON CARS, con Asunto: CONFIRMADO CON TODOS LUNES A LAS 14:00 EN GOYA DONDE LA OTRA VEZ, recabado en la inspección de ANT (folios 6121 a 6123 y 6126 a 6129).

¹⁰⁰ Documentación incluida en la carpeta "2010 VOLVO MADRID", recabada en la inspección de ANT (folio 128).

El 30 de abril de 2010 TBERMOTOR envió un correo electrónico al Gerente de ANT, con copia al resto de concesionarios participantes en este cártel, haciéndole observaciones relacionadas con la operativa de los evaluadores de ANT¹⁰¹.

El 9 de septiembre de 2010 ANT envió a AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS la tabla resumen de resultados obtenidos tras las visitas realizadas en agosto de 2010¹⁰².

El 9 de mayo de 2011 el Gerente de ANT trasladó al Director General de TBERMOTOR las condiciones de venta exigibles para las visitas a realizar dicho mes en relación con vehículos de la gama 60, que le habían sido comunicadas en la conversación mantenida por dicho directivo de ANT con el Ejecutivo de ventas de dicho concesionario¹⁰³.

Igualmente, constan las siguientes facturas, que datan hasta el año 2011:

- Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA en 2007, 2010 y 2011¹⁰⁴.
- Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS en 2011¹⁰⁵.
- Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO en 2007, 2010 y 2011¹⁰⁶.
- Facturas expedidas por ANT a TBERMOTOR en 2007, 2010 y 2011¹⁰⁷.

En definitiva, esta Sala considera acreditado el periodo de duración de la conducta previsto en la propuesta de resolución.

Nos encontramos, por tanto, ante una infracción única y continuada que se ha llevado a cabo durante un periodo de tiempo de, al menos, dos años, constituida por varias conductas, como son el acuerdo de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información sensible.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41, indica que: *“Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un*

¹⁰¹ Correo electrónico enviado el 30 de abril de 2010 por el Director General de TBERMOTOR al Gerente de ANT, con copia a TURISMOS MADRID, AUTO ELIA, SIMPSON CARS, BATTICALOA y SERVAUTO, con asunto: “INDICACIONES A TENER EN CUENTA PARA EVALUACIONES MAYO”, recabado en la inspección de ANT (folio 91).

¹⁰² Correo enviado por ANT a AUTO ELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS el 9 de septiembre de 2010, con asunto Tabla modificada Agosto, adjuntando el documento “RESUMEN_VOLVO_MADRID_AGO10.xls”, recabado en la inspección de ANT (folios 6111 y 6112).

¹⁰³ Correo electrónico de 9 de mayo de 2011 de ANT a TBERMOTOR, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 6109).

¹⁰⁴ Facturas expedidas por ANT a AUTO ELIA de abril a septiembre de 2007 (folios 2 a 8), de febrero a diciembre de 2010 (folios 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29), recabadas en la inspección de ANT.

¹⁰⁵ Facturas expedidas por ANT a SIMPSON CARS de agosto a diciembre de 2010 (folios 30 a 34), recabadas en la inspección de ANT.

¹⁰⁶ Facturas expedidas por ANT a SERVAUTO de abril a septiembre de 2007 (folios 35 a 40), de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60), recabadas en la inspección de ANT.

¹⁰⁷ Facturas expedidas por ANT a TBERMOTOR de abril a agosto de 2007 (folios 61 a 65), de febrero a diciembre de 2010 (folios 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86), recabadas en la inspección de ANT.

comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)”.

En el mismo sentido, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de febrero de 2013, en alusión a la Sentencia de la misma Sala de fecha 6 de noviembre de 2009, e igualmente a la jurisprudencia comunitaria¹⁰⁸, ha señalado que para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad, es decir, que *"contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata"*. En este sentido, aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas, la identidad de sujetos, los métodos empleados o la coincidencia temporal, son elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única y continuada.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) recuerda también la doctrina del Tribunal General al respecto:

“1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC-Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto “objetivo único”, que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

¹⁰⁸ Sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comision), Asunto T-439/07.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto, con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el “dies a quo” del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta”.

El examen de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que nos encontramos ante la existencia de una infracción única y continuada, al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad.

En el presente expediente resulta evidente la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas imputadas han participado en las conductas. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común de precios de venta al público de determinados coches de la marca VOLVO a través del control de algunas variables que constituyen el precio final del vehículo.

Existe, además, una clara coincidencia de los periodos de participación de las empresas, si tenemos en cuenta las facturas emitidas por ANT o los correos electrónicos cruzados entre ellas.

Si a todo lo anterior añadimos que todas las empresas identificadas como responsables por la Dirección de Competencia participan en el mismo mercado afectado y, por tanto, con claros intereses comunes, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que se ha producido una actuación conjuntada y coordinada entre las empresas, que debe tener la consideración de infracción única y continuada.

4.3.- Efectos en el mercado

Como ha señalado el Consejo de la CNC y de la CNMC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto¹⁰⁹.

Este criterio es acorde con la propia jurisprudencia al respecto, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que¹¹⁰:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

¹⁰⁹ Véanse, Expte. S/0120/10, Transitarios), Expte S/428/12 Palés, Expte. S/0422/12 Contratos de permanencia.

¹¹⁰ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).. Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, ha afirmado en sentido análogo que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos".

Algunos concesionarios consideran de obligado cumplimiento la acreditación de efectos por parte de esta Autoridad de Competencia en alusión a la reciente STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto *cartes bancaires*), sin embargo, como ya ha señalado esta Sala en otros expedientes¹¹¹, el supuesto de hecho que enjuicia no es análogo a los hechos aquí analizados, sino que se trataba en aquel caso de un mercado llamado de dos caras, y lo que reprocha el TJUE es que sólo se ha analizado una dimensión del mismo y no los posibles efectos de la restricción en la otra cara. La doctrina derivada de esta sentencia no modifica la consolidada jurisprudencia europea sobre acuerdos de precios o repartos de mercado, que se siguen configurando como infracciones por objeto por su consustancial elevado grado de nocividad para la competencia.

Tal como señala la propia sentencia *Cartes Bancaires* invocada por algunas de las incoadas: "(48) Es oportuno recordar que para entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. (49) En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse **innecesario el examen de sus efectos** (véanse, en ese sentido, en especial, las sentencias *Société Technique Minière*, 56/65, EU:C:1966:38, 359 y 360; *BIDS*, EU:C:2008:643, apartado 15, y *Allianz Hungária Biztosító y otros*, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 34 y jurisprudencia citada). (50) Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase, en ese sentido, en especial, la sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros*, EU:C:2013:160, apartado 35 y jurisprudencia citada). (51) De esa manera, se ha determinado que **algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles**, pueden considerarse hasta tal punto

¹¹¹ Véase, Resolución de 28 de mayo de 2015, Expte. S/471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW o Resolución de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles, FD 4.9.

*aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, **que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el artículo 81 CE**, apartado 1 (véase en ese sentido en especial, la sentencia Clair, 123/83, EU:C:1985:33, apartado 22). En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores.” [énfasis añadido]*

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada debe alterar la calificación jurídica que esta Sala debe realizar en relación con las mismas, por cuanto nos encontramos ante conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto.

En cualquier caso, tratándose de un acuerdo de fijación de precios entre empresas competidoras en el mercado de venta de coches de la marca VOLVO, y a diferencia de lo que señalan las partes, los efectos en el mercado son evidentes. Como bien señala la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, la ejecución de los acuerdos entre las empresas hizo disminuir la incertidumbre de éstas en relación con las ofertas que iban a presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que dio lugar a una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de la marca VOLVO. Igualmente, esta actuación ha provocado una compartimentación del mercado, ya que las empresas participantes en este cártel conocían por adelantado el comportamiento en el mercado de sus competidoras y realizaron un seguimiento de los acuerdos adoptados, determinando, por tanto, sus pautas de acción o abstención en función de lo acordado por el cártel, con efectos especialmente perjudiciales para la competencia efectiva ya que la reduce hasta el límite de anularla por completo.

Dentro del conjunto de posibles conductas colusorias, los acuerdos de fijación de precios son considerados especialmente graves porque suprimen la competencia entre empresas en un elemento esencial para diferenciar las ofertas, como es el precio, impidiendo a los usuarios beneficiarse de los menores precios y condiciones que resultarían de la competencia efectiva entre oferentes.

Estos acuerdos tuvieron incidencia económica en los compradores de dichos vehículos de la marca VOLVO, que no pudieron beneficiarse de los mayores descuentos o mejores condiciones comerciales que hubieran existido si no se hubieran aplicado dichos acuerdos, lo que, en última instancia, supuso que los consumidores pagaran un precio superior al que en un contexto de libre competencia hubieran pagado.

4.4.- Responsabilidad de las empresas

La participación de las empresas AUTO ELIA, S.A., BATTICALOA INVERSIONES, S.L., SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., SIMPSON CARS, S.L.U. y TBERMOTOR SUR, S.L., con la colaboración de A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, resulta, a juicio de esta Sala, acreditada a tenor de las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación realizada por la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución.

En lo que se refiere a la responsabilidad de ANT, esta Sala considera acreditado que la citada empresa, pese a ser una entidad ajena al mercado afectado, ha participado activamente en la infracción actuando como controladora del cumplimiento de los acuerdos del cártel y facilitando el intercambio de información estratégica entre las empresas. Su labor de control, vigilancia y facilitación de la información ha contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado.

Los servicios de ANT fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las incoadas y, por tanto, para facilitar la ejecución y el mantenimiento de los mismos en el tiempo, incluso previendo un sistema de detección de incumplimientos de lo pactado a través de los informes de ANT. Como parte de su cometido dentro de los servicios que prestaba a las empresas, cabe destacar el de facilitador de la información estratégica obtenida en las visitas que realizaba a los concesionarios, por lo que debe ser considerada coautora de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en este expediente.

Este tipo de conductas deben merecer el castigo administrativo que prevé la Ley, por cuanto la empresa ha contribuido sustantivamente al mantenimiento de la conducta. En este sentido, no es la primera vez que esta Autoridad de Competencia sanciona prácticas similares de cooperación a asociaciones empresariales o a empresas ajenas al mercado¹¹² en su labor, dentro del entramado, de facilitadores de la conducta prohibida. En el caso de ANT, además, existen precedentes muy recientes de conductas análogas en el mercado de venta de automóviles que han sido sancionadas por esta autoridad de competencia, concluyéndose que la participación de ANT como coautor merece igualmente el reproche administrativo¹¹³.

En relación con la condición de empresa ajena al mercado en el que se produce la infracción, ello no es óbice para la imputación de responsabilidad de la conducta, tal como ha manifestado la propia jurisprudencia comunitaria. Así, en la

¹¹² Expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA

¹¹³ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEATNW y de 23 de julio de 2015.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand AG c. Comisión, el Tribunal señala lo siguiente:

“toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores ya estaba ínsito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa”.

En definitiva, esta Sala se muestra conforme con la responsabilidad atribuida a la entidad ANT por parte de la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, como empresa cooperadora del cártel.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC e identificados sus responsables, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

Pues bien, la Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que tanto las concesionarias incoadas como ANT contribuyeron activamente a la puesta en práctica de la conducta; que existe un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y que existe asimismo una voluntad de participar en la práctica restrictiva, así como un conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes.

En este sentido, el conocimiento del carácter ilícito de la conducta es indudable si tenemos en cuenta que en su propia metodología de actuación se justifica la confidencialidad de las actuaciones *“dada la peligrosidad de este tipo de estudios”*¹¹⁴, y se toman varias medidas preventivas, como son la de ocultar la finalidad de los estudios al propio personal evaluador, y la de dotar a sus servicios de una apariencia de legalidad a través del empleo de expresiones poco sospechosas e incluso vagas (*“estudios de mercado”*), con el objetivo de pasar desapercibidos a terceros ajenos a los acuerdos.

¹¹⁴ Documentación recabada en la inspección de ANT, incluida en la carpeta *“VOLVO Madrid 2010”* (folios 126 y 127).

Por otra parte, en algunas de las comunicaciones de TBERMOTOR, como en una de las primeras tras retomar las relaciones con ANT, cuando en un correo electrónico convoca al resto de concesionarios a una reunión para tratar cuestiones de política comercial les advierte lo siguiente¹¹⁵:

“(...) EL CONTENIDO DE ESTE MAIL ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE....QUIERO DECIR....POR FAVOR SOLO PARA NOSOTROS, PARA NADIE MÁS. CONFÍO EN TODOS VOSOTROS, LO DIGO EN SERIO.”

O en otro correo electrónico de TBERMOTOR a ANT y al resto de concesionarios participantes en este cártel, indicándole al Gerente de ANT que continúan con el proyecto y especifica¹¹⁶:

*“(..) Evito más detalles y más escribir, no interesa dar mucha más explicación por mail,
IMPORTANTE: DISCRECIÓN EN EL USO DE ESTE MAIL, NO REENVIAR POR FAVOR (...)”.*

Ello determina la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de sus autores.

Por otro lado, el conocimiento y voluntad de las partes desvirtúa la alegación de AUTO ELIA en la que invoca la existencia de un error de prohibición, toda vez que las empresas eran, como hemos señalado, plenamente conscientes de que sus actuaciones eran, o podían ser, ilícitas, por lo que no actuaron en la “creencia errónea de estar obrando lícitamente”, requisito este que exige la aplicación del error de prohibición, tal como señala la jurisprudencia¹¹⁷.

A continuación se muestra un resumen de la participación de las empresas en las conductas sancionables objeto de este expediente, sin perjuicio de que en los hechos acreditados consten más elementos de prueba inculpatórios.

AUTO ELIA: se acredita su participación de octubre de 2009 a diciembre de 2011, entre otros, en los siguientes contactos entre empresas y facturas emitidas por ANT a la citada empresa.

¹¹⁵ Correo electrónico enviado por TBERMOTOR a ANT el 13 de enero de 2010, reenviando el correo electrónico enviado por TBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 12 de enero de 2010, con asunto: MAIL PERSONAL Y CONFIDENCIAL: este miércoles a las 14:15 en Goya Servauto (Rte de otras veces con menú de crisis...), adjuntando los documentos RESUMEN_VOLVO_MADRID_NOV09.xls (124,42 kB) y SONDEO-VOLVO MADRID.DOC (83,97 kB), recabados en la inspección de ANT (folios 6293 a 6296 y 6304).

¹¹⁶ Correo electrónico de 2 de febrero de 2010 enviado por TBERMOTOR a ANT, con copia a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SERVAUTO, con asunto: “PROYECTO Mystery Volvo Madrid”, recabado en la inspección de ANT (folio 6233).

¹¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo. Sala Segunda) núm. 1228/2002 de 2 julio

- Correos electrónicos: 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folios 6293 a 6296 y 6304); 15 de enero de 2010 (folio 6292); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folio 6233); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 5 de abril de 2010 (folios 6116 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112).
- Reuniones: 13 de enero 2010 (folio 6293), el 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113)
- Facturas expedidas por ANT: de febrero a diciembre de 2010 (folios 9 a 17) y de enero a diciembre de 2011 (folios 18 a 29)

BATTICALOA: se acredita su participación de enero de 2010 a diciembre de 2011, entre otros, en los siguientes contactos entre empresas y facturas emitidas por ANT a la citada empresa.

- Correos electrónicos: 19 de enero de 2010 (folio 6288); 19 de febrero de 2010 (folios 6150 y 6151); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 5 de abril de 2010 (folios 6116 y 6117); 15 de abril de 2010 (folios 6116 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112).
- Reuniones: 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113)

SERVAUTO: se acredita su participación de octubre de 2009 a diciembre de 2011, entre otros, en los siguientes contactos entre empresas y facturas emitidas por ANT a la citada empresa.

- Correos electrónicos: 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folio 6293); 15 de enero de 2010 (folio 6292); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folios 6233, 6234 y 6288 a 6291); 19 de febrero de 2010 (folios 6200 y 6201); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 16 de abril de 2010 (folios 6116 y 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112).
- Reuniones: 13 de enero 2010 (folio 6293), el 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113).

- Facturas expedidas por ANT: de febrero a diciembre de 2010 (folios 41 a 48) y de enero a diciembre de 2011 (folios 49 a 60).

SIMPSON CARS: se acredita su participación de octubre de 2009 a diciembre de 2011, entre otros, en los siguientes contactos entre empresas y facturas emitidas por ANT a la citada empresa.

- Correos electrónicos : 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folios 6293 a 6296); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folios 6233, 6234 y 6288 a 6291); 19 de febrero de 2010 (folios 6183 y 6184); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 5 de abril de 2010 (folios 6116 y 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112).
- Reuniones: 13 de enero 2010 (folio 6293), el 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113).
- Facturas expedidas por ANT: de agosto a diciembre de 2010 (folios 30 a 34).

TBERMOTOR SUR: se acredita su participación de octubre de 2009 a diciembre de 2011, entre otros, en los siguientes contactos entre empresas y facturas emitidas por ANT a la citada empresa.

- Correos electrónicos : 16 de octubre de 2009 (folios 6297 a 6299); 12 de enero de 2010 (folio 6293); 15 de enero de 2010 (folio 6292); 19 de enero de 2010 (folio 6288); 2 de febrero de 2010 (folios 6233, 6234 y 6288 a 6291); 19 de febrero de 2010 (folios 6132, 6166 y 6167); 9 y 12 de marzo de 2010 (folios 6118, 6119, 6124 y 6125); 10 y 11 de marzo de 2010 (folios 6126 a 6128); 16 de abril de 2010 (folios 6116 y 6117); 30 de abril de 2010 (folio 91); 3 y el 6 de septiembre de 2010 (folio 6113); 9 de septiembre de 2010 (folios 6111 y 6112); 9 de mayo de 2011 (folio 6109).
- Reuniones: 13 de enero 2010 (folio 6293), el 18 de enero 2010 (folio 6292), el 15 de marzo 2010 (folios 6126 a 6128), el 19 de abril 2010 (folios 6116 6117) y el 8 de septiembre de 2010 (folio 6113).

- Facturas expedidas por ANT: de febrero a diciembre de 2010 (folios 66 a 74) y de enero a diciembre de 2011 (folios 75 a 86).

4.5. Responsabilidad del director General de TIBERMOTOR

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala la aplicación del artículo 63.2 de la LDC al directivo de la empresa TIBERMOTOR, por considerar que su participación en el cártel ha sido determinante para constituir el cártel, asumiendo no sólo las labores de coordinación sino también se supervisión en cuanto al seguimiento de los acuerdos adoptados.

Sin embargo esta Sala, tras analizar los hechos que la Dirección de Competencia imputa al representante de TIBERMOTOR, concluye que no procede en este expediente la sanción prevista en el precepto citado.

Es cierto, tal como constatan los hechos, que el Director General de TIBERMOTOR ha tenido una mayor participación acreditada en los acuerdos aquí sancionados que otros directivos, pero su papel en los acuerdos no puede ser considerado como determinante ni particularmente relevante para el diseño e implementación de los acuerdos, tal como señala la Dirección de Competencia, toda vez que, a juicio de esta Sala, su papel ha consistido en ser un mero interlocutor de las empresas frente a ANT. Su función de interlocución ha facilitado la dinámica de la conducta, pero ha sido esencialmente pasiva, sin que de ella haya resultado o quepa deducir una mayor intensidad de la infracción.

En un cartel en el que han participado varias empresas, y en el que existe una actividad de supervisión del mismo por parte de una empresa externa (en este caso, ANT), parece lógico que las empresas participantes en los acuerdos designen a un interlocutor común a los efectos de interactuar con la empresa externa. En este caso, ha sido el directivo de TIBERMOTOR quien ha interactuado con ANT y ha coordinado a las empresas para hacer efectivos los acuerdos, pero ello no otorga a su actuación una especial relevancia ni un carácter esencial o determinante para la constitución y el mantenimiento del cártel, siendo todas las empresas responsables de un modo e intensidad equivalentes al de TIBERMOTOR.

En este sentido, cabe incidir en que las conductas aquí sancionadas son las que constan acreditadas a partir de 2009, tras un correo electrónico que TIBERMOTOR envía a ANT en el que reconoce que el sistema de control de los descuentos que ya se ha puesto en marcha no funciona bien del todo y que un acuerdo sin auditoría no tiene sentido y por ello vuelve a contactar con ANT para que revise el incumplimiento del acuerdo de precios adoptado por los concesionarios de la marca VOLVO¹¹⁸. Ello denota que la actuación del Directivo,

¹¹⁸ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a ANT el 16 de octubre de 2009, reenviando el correo enviado por TIBERMOTOR a AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR y SERVAUTO el 16 de octubre de 2009, Asunto: IMPORTANTE: Seguimiento Ofertas, recabado en la inspección de ANT (folios 6297 a 6299).

al menos acreditada, se refiere al contacto con ANT para el seguimiento de unos acuerdos previos adoptados por las empresas, por lo que no cabe imputarle, como ya hemos dicho, a falta de mayor datos, un papel más determinante en el diseño e implementación del cártel que al resto de directivos y empresas. Y en cuanto a su papel de interlocutor durante el periodo acreditado, como hemos señalado, no supone una actuación, en este caso, que permita aplicar la sanción propuesta por la Dirección de Competencia.

No concurren, por tanto, en este caso, los requisitos para poder aplicar al Director General de TIBERMOTOR el artículo 63.2 de la LDC.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la nulidad de inspección llevada a cabo en la sede de ANT

ANT y algunas de las empresas imputadas han alegado la nulidad de todo lo actuado en este expediente sancionador debido a que la Dirección de Competencia se basa para sostener los hechos imputados en la documentación recabada en la inspección de ANT llevada a cabo los días 4 y 5 de junio de 2013 de forma arbitraria y desproporcionada, conculcando los artículos 18.2 y 24 de la Constitución Española (CE), así como los artículos 13.2 y 13.3 del RDC, como también ha alegado SERVAUTO, señalando que tanto el auto judicial de autorización de entrada a las instalaciones de ANT como la Orden de Investigación de 28 de mayo de 2013 bajo los cuales se llevó a cabo la citada inspección en la sede de ANT se referían únicamente al expediente S/0471/13.

Las citadas empresas alegan la falta de motivación de la Orden de Investigación de 28 de mayo de 2013, así como del auto judicial de autorización de entrada, señalando ANT que el objeto de dicha Orden no podía ser más ambiguo, sin especificar cuáles eran las marcas afectadas, máxime cuando la Dirección de Competencia conocía perfectamente que los concesionarios que podrían verse envueltos en las prácticas anticompetitivas correspondían a las marcas Volkswagen (VW), AUDI y SEAT, pero ningún indicio disponía de un comportamiento análogo en la distribución de vehículos a motor de la marca VOLVO. Alega ANT que en la Orden de Investigación es obligatorio que conste cuál ha de ser el objeto de la investigación a efectos de que la empresa investigada comprenda el alcance de la misma y pueda ejercer su derecho de defensa, como se ha indicado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados C-46/87, 227/88, Hoechst Ac c. Comisión (Rec.1989).

Asimismo alega ANT para fundamentar su alegación de falta de motivación de la Orden de Investigación, la sentencia de 8 de marzo del 2007 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, relativa al asunto 339/94 France Telecom España, que dispone que tal obligación de motivación constituye una exigencia fundamental, por una parte, para poner de manifiesto el carácter

justificado de la intervención que pretende realizarse en el interior de las empresas afectadas, permitiendo que éstas comprendan el alcance de su deber de colaboración, y por otra parte, para garantizar su derecho de defensa, remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87, que a su vez cita la Sentencia Nexus vs Comisión, y que establece que aunque la autoridad de competencia no tenga la obligación de “(...) comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, debe, en cambio, indicar con claridad los indicios que pretende comprobar”.

Esta Sala se opone a las pretensiones de nulidad de la resolución por parte de las empresas, en base a los siguientes argumentos.

La inspección realizada en la sede de ANT los días 4 y 5 de junio de 2013 se llevó a cabo en el marco de la información reservada S/0471/13, indicándose expresamente en la Orden de Investigación de 28 de mayo de 2013 que su objeto era verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor. En la citada Orden no se especificaba ninguna marca de coches en particular y de ahí que a resultas de la información recabada en la citada inspección, así como de las pruebas obrantes en los distintos expedientes sancionadores posteriormente incoados, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC haya dictado distintas Resoluciones en los expedientes sancionadores tramitados hasta el momento contra concesionarios de determinadas marcas de vehículos de motor. En relación con este aspecto, cabe destacar que no resulta extraño para esta Comisión la apertura de una pluralidad de expedientes sancionadores derivados de una inspección de la Dirección de Competencia¹¹⁹.

Como bien ha señalado la CNC con anterioridad¹²⁰, “*si la jurisprudencia reconoce que los hallazgos casuales en las inspecciones pueden ser incorporados a un procedimiento sancionador distinto bajo ciertas garantías procedimentales, con más aun lo pueden y lo deben ser aquellos documentos que, como ocurre en este caso, forman parte del objeto de la inspección. Tampoco es ocioso recordar que, mientras que formen parte del objeto de una inspección domiciliaria, la documentación obtenida por la CNC puede dar lugar a tantos expedientes sancionadores como infracciones se detecten y sin perjuicio, claro ésta, de que el órgano instructor, con posterioridad, pueda acordar su acumulación si procede*”.

Fijémonos, incluso, que como ya ha puesto igualmente de manifiesto el Consejo de la CNC en anteriores ocasiones, si se estimase, que no es el caso, que el objeto del presente expediente no estaba comprendido en el objeto de

¹¹⁹ Véanse, por ejemplo, los expedientes S/474/13 y S/484/13, o los expedientes S/0192/09 y S/0226/10.

¹²⁰ Resolución de 7 de octubre de 2010 (Expte. R-0053/10) y Resolución de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10).

investigación de la inspección, resultaría de aplicación la doctrina del hallazgo casual, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional¹²¹.

En este caso, sin embargo, la inspección llevada a cabo en ANT gozó de plena cobertura legal por cuanto estuvo autorizada por el Auto de 3 de junio de 2013, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche, realizándose la inspección siguiendo lo dispuesto en la citada Orden y el Auto indicado, notificado a la citada empresa para realizar la entrada en su sede.

En este sentido, como bien señala la Dirección de Competencia citando jurisprudencia al respecto, en la Orden de Investigación debe señalarse lo más claramente posible qué indicios pretenden comprobarse y sobre qué elementos versa la inspección, si bien no resulta obligatorio delimitar de modo preciso elementos tales como el mercado relevante o los sujetos que puedan verse implicados en las prácticas investigadas.

La facultad inspectora es un instrumento jurídico puesto a disposición de esta Comisión para facilitar la investigación sobre la existencia de una posible infracción de las normas de competencia. Como es lógico, cuando se lleva a cabo una inspección la Dirección de Competencia no puede tener la certeza de la existencia de una infracción. Es precisamente por esta razón que se le dota de estos instrumentos para poder conocer con la mayor precisión posible la existencia de unos hechos que le permitan iniciar un procedimiento formal por las infracciones de las normas de competencia e identificar a los responsables de tales conductas. Pero no resulta imprescindible, desde el punto de vista habilitante para llevar a cabo la inspección, que el órgano inspector deba conocer de antemano los posibles participantes de las conductas, ni resulta necesario que la orden concrete pormenorizadamente, y hasta el extremo que pretende ANT, los hechos concretos y los mercados investigados, ya que ello limitaría las facultades de investigación de la CNMC.

Es ilustrativa en este aspecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2015 (Recurso de Casación núm. 2012/2013), en la que el Alto Tribunal confirma la posición de esta Sala al respecto, al señalar lo siguiente:

“Se alega a continuación que las inspecciones en los domicilios de las empresas, tenían un objetivo concreto, recabar suficiente información que permitiese constatar la existencia de la infracción de la que se tenía noticia a través de la denuncia presentada. Se analiza por la actora la orden de investigación de la CNC, cuya redacción, a juicio de esta Sala reúne los elementos necesarios para determinar el objeto de las inspecciones acordadas. La propia actora reconoce (pág. 39 del escrito de demanda) que “estaríamos de acuerdo en afirmar que no es posible pretender que la orden de investigación de 9 de octubre de 2009 dijese literalmente que se estaba

¹²¹ EXPTE. S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS

investigando un posible acuerdo colusorio en relación con la licitación pública de provista ya que las facultades de inspección de los funcionarios de la CNC y la propia inspección en si podrían haberse visto limitadas ". La parte considera que " la conducta investigada que justifica la inspección sorpresa, es algo más concreto y específico que todo aquello que potencialmente cabría bajo el paraguas de la redacción de la orden."

Esta Sala considera que la referencia a los mercados de contratación suministro y ejecución de obras es suficientemente expresiva de los elementos de hecho objeto de la investigación, no siendo exigible, por las mismas razones que la parte actora expresamente reconoce, la indicación de los detalles alusivos a las licitaciones de carretera.

(...)

En cuanto a la alegación de que los documentos fueron encontrados casualmente, la Sala ha comprobado que se inició una investigación por un concreto hecho, pero a medida que la misma progresaba se fueron descubriendo otros hechos íntimamente relacionados y conexos que proporcionaron a las autoridades de defensa de la competencia la prueba de que el acuerdo para acudir a las licitaciones de carreteras, pactar las bajas, ofrecer una baja más alta de la prevista y repartirse el importe así ilícitamente obtenido afectaba a distintas licitaciones en todo el territorio del Estado. No es en absoluto este supuesto el examinado por el TJUE en el asunto AEB parcialmente reproducido por la demandante, ni existe coincidencia fáctica con los otros supuestos citados en los que se utilizó por la Comisión europea documentación obtenida en un procedimiento para abrir otro, o para formular cargos en otro, dado que en este caso se trata de un único procedimiento y de una única infracción.

No son relevantes a los efectos examinados las diferencias que la actora pone de relieve: ni que el convocante fuera un órgano distinto, ni las provincias diferentes, ni que las empresas participantes en ocasiones eran otras, y el periodo temporal dilatado, porque eran en todo caso licitaciones públicas, el ingreso ilícitamente obtenido lo era a cargo de fondos públicos, el sistema organizado por las empresas válido y similar en todos los casos.

Por último y en cuanto a lo que la actora denomina "el alcance subjetivo de las conductas investigadas" los folios hallados en PADECASA pueden ser utilizados como prueba de la conducta de PADECASA y desde luego como prueba respecto a todas aquellas empresas relacionadas con la misma, no siendo exigible, como resulta de la tesis actora que "los inspectores solo pueden investigar las actuaciones de la entidad investigada". (el subrayado es nuestro).

En concreto, la Orden de Investigación aquí discutida hacía referencia de forma precisa al objeto de la inspección ("verificar la existencia, en su caso, de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes

en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor"), más aun teniendo en cuenta que la actividad mercantil de ANT no se circunscribe a la prestación de servicios a empresas distribuidoras de vehículos de motor, de forma que la delimitación del mercado que se hacía en la Orden de Investigación dejaba al margen gran parte del negocio de ANT, que no fue objeto de inspección. No puede, por tanto, afirmarse que la citada Orden de Investigación fuera ambigua y que el deber de colaboración de ANT debería haberse circunscrito exclusivamente a la documentación relacionada con la distribución de vehículos de motor de determinadas marcas.

Así las cosas, esta Sala considera que la Orden de Investigación de ANT, dictada en el marco de una información reservada, indica de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección, observando por tanto lo indicado en el artículo 13.3 del RDC.

En todo caso, cabe poner de manifiesto que como se detalla en el acta de la inspección aportada por ANT como prueba, ésta fue firmada por los Administradores solidarios y Gerentes de la citada empresa, en representación de ésta. Asimismo, queda de manifiesto que los miembros del equipo inspector se identificaron al acceder a la sede de dicha empresa y el consentimiento expreso a dicha inspección fue dado por el representante de ANT con conocimiento pleno del contenido del Auto y de la Orden de Investigación e informado del objeto y desarrollo de la inspección, así como de los correspondientes preceptos legales sobre los que se fundamentan dicha Orden. Igualmente, los representantes de ANT fueron informados de todas las actuaciones realizadas durante el transcurso de la inspección, por lo que en ningún momento se produjo un menoscabo en su derecho de defensa.

5.2. Sobre la definición del mercado realizada por la Dirección de Competencia.

Desde el punto de vista de defensa de la competencia, para los casos de cártel la delimitación exacta del mercado o la caracterización de todos sus elementos no es imprescindible a fin de acreditar la conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC cuando se ha demostrado su existencia. Así lo ha manifestado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹²² y previamente, de forma reiterada el TDC¹²³ y el Consejo de la CNC¹²⁴, remitiéndose a jurisprudencia comunitaria¹²⁵,

¹²² Entre otras, Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW y de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles.

¹²³ Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipulados radiactivos.

¹²⁴ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10 Transitarios; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10 Postensado y Geotecnia; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos de Cantabria y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler.

pues la delimitación exacta del mercado no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC –o del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) - cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir que son anticompetitivos por su objeto.

Como ha indicado el Consejo de la CNC y también la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹²⁶ y ha confirmado la Audiencia Nacional¹²⁷, siguiendo la jurisprudencia comunitaria¹²⁸, el concepto mercado afectado por la conducta infractora queda delimitado por los hechos acreditados y el contenido de los acuerdos y viene determinado por el territorio en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva y los consumidores y usuarios.

Así pues, como ha señalado la CNMC, remitiéndose a lo indicado por la CNC¹²⁹, son las propias empresas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción, siendo en este caso el mercado afectado el de la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de determinados concesionarios independientes del fabricante de la citada marca, en concreto, ubicados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha.

A este respecto, TBERMOTOR alega que debería incluirse en la definición de mercado del producto cualquier tipo de operación de venta cualquiera que fuera la posición jurídica del vendedor con respecto a la marca, aun cuando el concesionario no fuera oficial.

Al respecto, como bien ha señalado la Dirección de Competencia, con carácter general y precisamente debido a que no son concesionarios oficiales de la marca, dichos puntos de venta no ofrecen las campañas de descuento que establecen las marcas y tampoco es práctica habitual aplicar un descuento extra aceptando del posible comprador el automóvil que se va a reemplazar, pues en la

¹²⁵ Asuntos T-44/00 Mannesmannröhren-Werke AG v Comisión Europea y T-61/99, Adristica di Navigazione Spa o, específicamente, en el sector de la distribución minorista de vehículos de automoción, Sentencia del TPI de 6 de julio de 2000, asunto T-62/98 Volkswagen AG v Comisión Europea.

¹²⁶ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios; de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

¹²⁷ Sentencias de la AN de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando los recursos interpuestos contra la Resolución de 12 de enero de 2012 dictada en el Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados.

¹²⁸ Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P.

¹²⁹ Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés y de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

distribución minorista de automóviles nuevos la marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que éste establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados, actuando el concesionario independiente en la realización de su actividad económica, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse del negocio. Así pues, el fabricante de la marca vende sus productos al concesionario distribuidor y éste los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial.

Si bien podría ser incluida cualquier tipo de operación de venta cualquiera que fuera la posición jurídica del vendedor con respecto al fabricante de la marca, ya fueran concesionarios oficiales de la marca o no oficiales, en la práctica los hechos investigados en este expediente se han realizado únicamente por concesionarios oficiales independientes de la marca, sin que participaran en estos hechos otros operadores que pudieran existir y que no fueran concesionarios oficiales independientes de la marca, y de ahí la delimitación realizada en el Pliego y reiterada en la Propuesta de Resolución, señalando que el mercado afectado en este expediente es el de la distribución de vehículos de motor turismos de la marca VOLVO, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca.

En este expediente todos los concesionarios implicados son concesionarios oficiales, como ha quedado acreditado, y no consta la existencia de concesionarios no oficiales de la marca VOLVO que hayan sido partícipes de los hechos objeto de investigación, sin que ello afecte a la delimitación del mercado afectado, como ya ha señalado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en precedentes similares ya sancionados¹³⁰.

En cuanto la exclusión alegada por TIBERMOTOR respecto de las ventas de vehículos nuevos con destino a flotas y leasing, ello coincide plenamente con la delimitación realizada por la Dirección de Competencia, en la que sólo aparece reflejada la “distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante de la citada marca”, excluyendo, por tanto, las citadas ventas de vehículos con destino a flotas o leasing.

Asimismo, TIBERMOTOR señala que el mercado de producto relevante debería haber sido definido como el de la venta a particulares de automóviles nuevos de los segmentos C y D (conforme a los segmentos descritos por la Comisión Europea en el asunto Nº IV/M.1406-HYUNDAI/KIA) y el mercado afectado sería el de la venta a particulares de automóviles nuevos de los modelos C30 y XC60 de la marca VOLVO, indicando como mercado geográfico afectado el mercado nacional peninsular.

¹³⁰ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

Sin embargo, debe señalarse que si bien los informes que constan en el expediente están relacionados generalmente con los citados modelos, el seguimiento a realizar por ANT no quedaba delimitado a dichos modelos, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios incoados en este expediente sancionador¹³¹:

“(...) los modelos a evaluar será toda la gama. Cada mes realizaremos dos estudios, uno de ellos siempre centrado en el XC 60 y el otro en un modelo del resto de la gama”

Así, por ejemplo, en las visitas realizadas en mayo de 2011 se indicó expresamente que los modelos a evaluar serían los “Vehículos de la Gama 60 (V60, S60 y XC60)”¹³². Es más, consta el correo remitido precisamente por TBERMOTOR a ANT el 19 de enero de 2010 adjuntando la documentación relativa a distintos modelos de la marca VOLVO, en concreto, constan en el archivo que se adjuntaba denominado “Precios octubre 2009.pdf”, distintos modelos de VOLVO con sus características técnicas y precios correspondientes (S40, S80, V50, V70, XC60, XC70, XC90, C30 y C70) y en el archivo “Tácticos enero” información relativa a los modelos VOLVO C30, C70, S80, V70, XC70 y XC90, con los importes asignados a cada uno de estos modelos¹³³.

En cuanto al mercado geográfico afectado, algunos concesionarios consideran que éste es de ámbito nacional, mientras que otros alegan que es el de la Comunidad Autónoma de Madrid, y de ahí la procedencia del archivo de este expediente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la LDC.

Respecto de ello esta Sala reitera que son las propias empresas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción, como ya ha establecido la CNMC precisamente en las Resoluciones dictadas en relación con los expedientes de concesionarios de otras marcas¹³⁴, indicando que los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, ya que los clientes se pueden desplazar a dichas localizaciones al resultarles más satisfactorias las ofertas de concesionarios de otras provincias, no necesariamente integrantes de una misma Comunidad Autónoma.

¹³¹ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por ANT a TBERMOTOR, AUTO ELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS, SWEDISH CAR, SERVAUTO y BATTICALOA, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 6288).

¹³² Correo electrónico de 9 de mayo de 2011 remitido por ANT a TBERMOTOR, recabado en la inspección de ANT (folio 6109).

¹³³ Correo electrónico enviado el 19 de enero de 2010 por TBERMOTOR a ANT (folio 6239), con 3 archivos adjuntos: “Preciosoct2009.pdf” (folios 6240 a 6285), “Condiciones flotas 2010” (folio 6286) y “Tácticos enero” (folio 6287), recabado en la inspección de ANT.

¹³⁴ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

En base a este criterio y teniendo en cuenta que VOLVO ESPAÑA, de acuerdo con el contrato de concesión suscrito con los concesionarios que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine o condicione a los concesionarios por razón del lugar de residencia de sus clientes, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario¹³⁵ y que los propios concesionarios incoados, en sus respuestas a los requerimientos de información realizados, han informado que no existe ninguna cláusula en el contrato suscrito con VOLVO ESPAÑA que los limite o condicione en la venta de los vehículos por razón del lugar de residencia de sus clientes, entre ellas BATTICALOA¹³⁶, indicando en concreto AUTOELIA que su zona de influencia a efectos de venta de vehículos se encuentra delimitada a Madrid, Guadalajara y Soria, esta Sala en consonancia con la Dirección de Competencia reitera que las prácticas objeto de investigación se circunscriben a la distribución de vehículos de motor de la marca VOLVO en las CC.AA de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha, siendo el mercado geográfico afectado el de dichas Comunidades Autónomas, tanto por la propia delimitación geográfica realizada por los concesionarios participantes en este cártel, como por los efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios de las conductas realizadas.

De hecho, para delimitar el mercado geográfico afectado, la Dirección de Competencia requirió a los concesionarios incoados las facturas emitidas durante 2011 y 2012, , confirmándose que los clientes de SERVAUTO procedían de Madrid, Badajoz, Valencia, Álava, Cantabria, Barcelona, Sevilla, Vizcaya, Cuenca, Zaragoza, Guadalajara, Lérida, Sevilla, Ciudad Real, Toledo y León¹³⁷; los de AUTOELIA de Madrid, Toledo, Ciudad Real, Guadalajara, Segovia, Ávila, Valladolid, Soria, León, Asturias, Valencia, Sevilla, Barcelona, Almería, Murcia, Cantabria y Zaragoza¹³⁸ y los de TBERMOTOR de Madrid, Barcelona, Toledo, Córdoba, Vizcaya, Asturias, Sevilla, Málaga, Cádiz, Salamanca, Alicante, Cáceres y Burgos¹³⁹.

Hay que tener en cuenta además la limitada implantación territorial de concesionarios de la marca VOLVO en el territorio español, un total de 50, que redundaría en que éstos tengan un ámbito de influencia superior a la de la localidad en la que se ubican, con una influencia significativa en las provincias limítrofes, ya que el radio de actuación de dichos concesionarios no se limita al perímetro de la

¹³⁵ Contrato de concesión firmado por VOLVO ESPAÑA con los distintos concesionarios, aportado por VOLVO ESPAÑA en contestación al requerimiento de información realizado (folios 8494 a 8604).

¹³⁶ Información aportada por AUTOELIA (folio 7292), BATTICALOA (folio 6779), SERVAUTO (folio 6436) y TBERMOTOR (folio 7301) en respuesta a los requerimientos de información realizados.

¹³⁷ Información aportada por SERVAUTO en respuesta al requerimiento de información realizado (folios 7690 a 7929).

¹³⁸ Contestación de AUTOELIA al requerimiento de información (folios 8166 a 8195, 8213 a 8339 y 8371 a 8488).

¹³⁹ Información aportada por TBERMOTOR en respuesta al requerimiento de información realizado (folios 7945 a 8160).

provincia en que se ubican estos concesionarios, como se ha constatado del análisis del buscador de concesionarios oficiales de la página web de VOLVO¹⁴⁰.

Por otra parte, como ha establecido la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en la Resolución dictada el 5 de marzo de 2015 en el Expte. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, en el que como en el presente caso la mayor parte de los concesionarios participantes en ese cártel estaban también ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid:

“(...) si bien, la mayor parte de los concesionarios incoados están radicados en la Comunidad Autónoma de Madrid, la conducta imputada es susceptible de alterar la libre competencia en un ámbito supra-autonómico, dado que el ámbito de actuación de las empresas imputadas excede del perímetro de la provincia en la que se ubican y alcanza a demandantes de provincias limítrofes fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid (...).”

Se desestiman, por tanto las alegaciones de las partes.

5.3. Sobre la vulneración del principio *non bis in idem*

ANT considera vulnerado el principio *non bis in idem* por entender que ya ha sido sancionada por los mismos hechos que se le imputan en el presente expediente y con base a idénticos fundamentos en la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo en el Expte. S/471/13 Concesionarios Audi/SEAT/VW.

En este sentido, indica que se le propone sancionar por unos hechos idénticos ocurridos en unos ámbitos temporal y geográfico coincidente con los de otras sanciones que le han sido impuestas en el expediente S/0471/13 Audi/Seat/VW, cuestión ésta, que no impide, según señala, la aplicación del principio *non bis in idem*.

Por su parte, AUTOELIA considera que se vulnera el principio *non bis in idem* ya que, según señala, la conducta consistente en el intercambio de información se tiene en cuenta para calificar los hechos como cártel y además como acuerdo de fijación de otras condiciones comerciales.

Pues bien, esta Sala considera, siguiendo el criterio de la Dirección de Competencia, que en la sanción que quepa imponer a ANT en virtud de esta Resolución no se conculca el principio constitucional invocado.

El artículo 133 de la Ley 30/1992 establece la prohibición de sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Es necesario, por tanto, para la aplicación del principio que concurra la “triple identidad” a la que hace referencia el artículo.

En este caso, resulta evidente que ni coinciden los hechos objeto de infracción ni los sujetos infractores, ya que en cada expediente se han sancionado a un conjunto de

¹⁴⁰Información disponible en <http://www.volvocars.com/es/retail/Pages/default.aspx> y contestación de VOLVO ESPAÑA al requerimiento de información realizado (folio 8491).

empresas distintas por acuerdos sobre el precio de la distribución de coches cuyas marcas difieren en cada expediente. No coinciden en los expedientes citados ni la identidad de hechos—en cada expediente los acuerdos sobre precios se basan en una marca determinada y distinta al resto de expedientes—, ni de sujetos—los sujetos sancionados difieren en cada expediente, a excepción de ANT—, condiciones éstas necesarias para apreciar la existencia de la infracción invocada.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 de julio de 2014 clarifica la postura judicial al respecto en sentido análogo a las consideraciones realizadas por esta Sala, cuando señala que:

“En cuanto a la existencia de un bis in ídem, por haber sido sancionada la actora en el procedimiento S/226/2010, licitaciones de carretera, con multa de 1.218.525 euros, por adjudicación de una obra ofertada por la Administración del Estado, tratándose de un expediente en el que el mercado afectado es de ámbito nacional, se examina en segundo lugar este motivo pese a ser expuesto en primer término en la demanda por el menor alcance del mismo, a la vista de que la sanción ahora impuesta es más grave que la del anterior expediente.

Este motivo ha de ser desestimado, en línea con los argumentos expuestos por la resolución impugnada, habida cuenta que se trata de mercados diferentes, respecto de Administraciones públicas contratantes distintas, con diferentes participantes en el cártel. No concurre por tanto, la identidad suficiente para entender que existen unos mismos hechos y fundamento para sancionar”.

En relación con ello, cabe indicar que los mercados afectados en los expedientes que cita expresamente ANT se determinaron en función de la marca de coches objeto de los acuerdos ilícitos (en el expediente S/0471/13 las marcas del Grupo SEAT), sin que exista coincidencia entre los expedientes citados, más allá de la intervención de ANT en las conductas.

Resulta innecesario, por tanto, otorgarle importancia al ámbito geográfico de la conducta, así como el periodo temporal en el que se cometieron los hechos, ya que estos elementos no son esenciales en este caso para apreciar el vicio alegado desde el momento en que en esos ámbitos citados los actores y los hechos han sido distintos en cada expediente.

Por lo que respecta a la alegación de AUTOELÍA en relación a que la Dirección de Competencia ha considerado el intercambio de información entre concesionarios como una conducta en sí misma contraria al artículo 1 de la LDC, al tiempo que es empleada para calificar como cártel los acuerdos de fijación de precios a través del intercambio de políticas de descuento, regalos y tasaciones, lo que quebraría el principio de non bis in ídem, ésta no puede ser compartida por esta Sala. En primer lugar porque las conductas, si bien incluidas en el artículo 1 de la LDC, son claramente distintas —acuerdo de precios e intercambios de información— con independencia de que una complementa a la otra en este caso, y ello deriva inexorablemente en la existencia de unos hechos que no pueden ser considerados idénticos si tuviéramos consideradas ambas conductas de manera independiente una de la otra, tal como pretende la entidad alegante.

En este sentido, como ya se ha señalado en la presente resolución, el intercambio de información ha sido considerado en todo momento como un medio para poder llevar a cabo el seguimiento de los acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales por los concesionarios incoados en este expediente sancionador, sin que se haya individualizado como una conducta independiente. De hecho, es habitual en el funcionamiento de un cártel que las entidades participantes en éste se intercambien información como mecanismo de control de los acuerdos adoptados por el cártel, como ha establecido la Sala de Competencia de la CNMC, especialmente en supuestos similares como al aquí investigado respecto de la labor realizado por ANT en los ya citados expedientes en los que se ha sancionado otros cárteles de concesionarios de diferentes marcas¹⁴¹:

“Los acuerdos de fijación de precios y los intercambios de información podrían perfectamente constituir infracciones independientes si se hubieran ejecutado de forma aislada por las empresas imputadas. En este sentido, el artículo 1 de la LDC incluye ambas conductas entre las prácticas prohibidas. No obstante, esta posible tipificación como infracción independiente no impide la integración de ambas conductas en una infracción única y continuada de naturaleza compleja ya que una complementa a la otra.

Ha quedado probado que el intercambio de información forma parte integrante del cártel de fijación de precios al configurarse como un mecanismo de control del cumplimiento del mismo por parte de las empresas y el apartado 59 de las Directrices considera que “el intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel”.

Por todo ello, se desestiman las alegaciones de las partes en relación con la vulneración del principio *non bis in ídem*.

5.4. Sobre la consideración de conductas de menor importancia

BATTICALOA considera que las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador deberían encuadrarse en el artículo 5 de la Ley 15/2007, relativo a las conductas de menor importancia, que las sitúa fuera del ámbito de la norma y se consideran sin relevancia *antitrust*.

Esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en que la alegación relativa a las conductas de menor importancia no puede ser acogida en ningún caso, dado que se imputa a las empresas incoadas la adopción de acuerdos que tenían por objeto la fijación de precios y condiciones comerciales, lo cual constituye una

¹⁴¹ Por ejemplo, en la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios y en las Resoluciones de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0486/13 Concesionarios Toyota, S/0488/1313 Concesionarios Hyundai y S/0487/13 Concesionarios Land Rover y de 28 de mayo de 2015 Expte S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW.

infracción muy grave constitutiva de cártel, con aptitud directa para distorsionar la competencia, que queda exceptuada de la exención de *minimis*.

Las normas sobre la aplicación de la regla de *minimis* han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 11 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE¹⁴², señala lo siguiente:

“1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) la limitación de la producción o las ventas;*
- c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.*

En sentido análogo, en el ámbito judicial se admite que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Interesa a esta Sala traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 que indica lo siguiente¹⁴³:

“A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.

¹⁴² Publicada en el DOUE C291/1 de 30 de agosto de 2014.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, dictada en el Caso Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros (asunto C-226/11).

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición”.

En atención a lo anterior, deben ser desestimadas las alegaciones de las partes relativas a la aplicación de la regla de *minimis* a las conductas objeto del presente expediente, por cuanto éstas suponen una restricción de la competencia por objeto en el sentido del artículo 1 de la LDC.

5.5. Sobre la falta de competencia de la CNMC para conocer del asunto

BATTICALOA alega que el único rasgo que unifica a los concesionarios VOLVO incoados en este expediente sancionador es que tienen su ámbito territorial de influencia en la Comunidad Autónoma de Madrid y que no existe constatación alguna de acuerdo entre los concesionarios incoados que permita concluir que el ámbito geográfico de las posibles conductas sea de carácter supra-autonómico y de ahí la incompetencia de la CNMC para conocer de estos hechos y, por tanto, la procedencia del archivo de este expediente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la LDC.

Se desestima la alegación, toda vez que la CNMC es la autoridad competente para aplicar el artículo 1 de la LDC, en cuanto que los hechos constitutivos de infracción han afectado la libre competencia en un ámbito supra-autonómico, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse previamente la Sala de Competencia de la CNMC en las Resoluciones de expedientes de concesionarios de otras marcas¹⁴⁴:

“Esta Sala, por tanto, coincide plenamente con el análisis realizado con la DC en el sentido de concluir que las conductas objeto del presente expediente han tenido efectos sobre la competencia en parte del mercado español, alcanzando un ámbito supra-autonómico (...). La determinación de la CNMC como autoridad competente para instruir y resolver el presente expediente sancionador, por tanto, no puede plantear duda alguna. La Autoridad de la competencia ha tenido la oportunidad de reiterar en previos expedientes (vid. a título de ejemplo, RCNC de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09, Asfaltos) que “el criterio para la asignación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la competencia para perseguir y sancionar las conductas restrictivas no es la naturaleza nacional, autonómica o local del mercado de producto relevante en cada caso, sino el ámbito

¹⁴⁴ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

geográfico infra autonómico o supra autonómico de los efectos restrictivos de la competencia que produce o puede producir una determinada conducta."

En el mismo sentido, cabe citar por ejemplo la Sentencia del TC 71/2012, de 16 de abril que señala que *"las facultades en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado siempre que la práctica restrictiva pueda alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tal acto se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma"*¹⁴⁵.

5.6. Sobre la insuficiencia de elementos probatorios

Todas las empresas han alegado que los elementos probatorios que constan en la instrucción del expediente no permiten concluir la existencia de una conducta prohibida en las normas de competencia.

En este sentido, cabe señalar que una de las grandes dificultades que encuentran las Autoridades de Competencia en su lucha contra las prácticas colusorias es la obtención de pruebas de su existencia, ya que la propia experiencia de las empresas contribuye a la confección de entramados cada día más sofisticados y de difícil detección, y ello dificulta la labor de detección de los mismos y la obtención de evidencias con suficiente valor probatorio.

Precisamente, una de las particularidades de los cárteles como los aquí resueltos es su carácter secreto, lo que dota a la conducta de un hermetismo de difícil detección que precisa de una extraordinaria labor por parte de la Dirección de Competencia para, a través de todas las evidencias obtenidas durante el procedimiento, configurar un base probatoria suficiente sobre el que sustentar la sanción que debe ser impuesta.

La propia CNC ha reconocido en anteriores ocasiones¹⁴⁶ que *"los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios rara vez pueden demostrarse de forma directa o documental y la única forma de hacerlo es por evidencias circunstanciales, que a su vez, como vemos en la Sentencia del TJCE en el caso Cimenteries antes citado, permiten presumir de forma fundada la existencia de acuerdo. Porque es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción, sino que la infracción la constituye*

¹⁴⁵ Véanse, en el mismo sentido las SSTC 12/2003 de 19 de junio y 157/2004 de 23 de septiembre. Asimismo, SAN de 31 de enero de 2013 (recurso 557/2011) en relación con el expediente S/0226/10 LICITACIONES CARRETERAS.

¹⁴⁶ Resolución del Consejo de la CNC de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios.

precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada, incluso si de forma aislada cada uno de ellos no pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto”.

En este tipo de procedimientos resulta de gran relevancia, a tenor de lo que hemos señalado y siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento, el uso de la prueba indiciaria, sobre la idoneidad de la cual ha tenido la ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en cuestiones de competencia.

La Sentencia del TGUE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, en relación con la calidad probatoria que corresponde exigir a las autoridades de competencia en materia de prácticas contrarias al derecho de la competencia, ha dejado señalado lo siguiente:

“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).

Del principio de la libre aportación de la prueba resulta que, aun si la falta de pruebas documentales puede ser pertinente al apreciar globalmente el conjunto de indicios invocados por la Comisión, no tiene por sí sola la consecuencia de que la empresa afectada pueda impugnar las aserciones de la Comisión presentando una explicación alternativa de los hechos. Ello es así sólo cuando las pruebas presentadas por la Comisión no logran acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de interpretación (sentencia Hitachi y otros/Comisión, citada en el apartado 150 supra, apartado 65; véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2007, Coats Holdings y Coats/Comisión, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74).”

Se hace cargo el Tribunal de la dificultad que entraña para las autoridades de competencia la labor probatoria en este tipo de prácticas, por lo que reconoce una

cierta suficiencia razonable a la hora aportar los elementos de prueba que sirvan de base para la correspondiente sanción. De otra manera, difícilmente sería posible perseguir y sancionar este tipo de prácticas.

Ya en el ámbito judicial de nuestro país, el Tribunal Supremo ha reafirmado la validez de esta técnica procesal en el ámbito de los procedimientos tramitados por la Autoridad de Competencia. Así, el Alto Tribunal en su Sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) ha señalado que:

“hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

El uso de la prueba indiciaria, como bien explica la Dirección de Competencia, exige que los indicios estén plenamente probados- no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora¹⁴⁷.

En el presente procedimiento, los hechos que constan acreditados en la instrucción del mismo evidencian la existencia de la infracción aquí sancionada y la participación en las conductas de las empresas imputadas¹⁴⁸.

Una de las evidencias de la existencia de estos acuerdos, la encontramos en las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel por el concepto de “estudios de mercado” que como hemos señalado consistía en el seguimiento y control de los acuerdos de los concesionarios. De hecho, de las facturas a las que ha tenido acceso esta Sala es posible apreciar identidad de conceptos y coincidencia en las fechas en las que se expiden estas facturas para los diferentes concesionarios participantes en este cártel.

Como ya se ha señalado, los “estudios de mercado” llevados a cabo por ANT consistían en la elaboración de informes por parte de la citada entidad tras la visitas de sus evaluadores en los que se detallaba el nivel de cumplimiento de los acuerdos adoptados por el cártel, remitiéndose a los concesionarios cuadros comparativos de los precios y las condiciones comerciales ofrecidas por éstos y se indicaban las incidencias, es decir, incumplimientos de cada uno de los concesionarios. Constan en el expediente pruebas suficientes que demuestran la existencia de estos informes y el contenido de los mismos, por lo que se hace innecesaria mayor explicación al respecto.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000 (373/1993).

¹⁴⁸ Véase al respecto, el apartado 4.4 de la presente resolución.

Es cierto, que para algunas empresas no ha sido posible obtener prueba de la existencia de las facturas durante todo el periodo investigado, pero resulta evidente que la obtención de las facturas al resto de empresas hasta diciembre de 2011 denota que el cártel seguía vigente en esa fecha, siquiera porque ANT seguía realizando los denominados “estudios de mercado”, tal como consta en las facturas emitidas a varios de los concesionarios en 2011.

Asimismo, consta acreditado la existencia de contactos entre las empresas periódicamente, ya sea a través de emails¹⁴⁹ o en las reuniones que mantenían entre las empresas constando en el expediente, al menos, la celebración en 2010 de 5 reuniones, en concreto, el 13 de enero¹⁵⁰, el 18 de enero¹⁵¹, el 15 de marzo¹⁵² (en este caso, convocada por ANT), el 19 de abril¹⁵³ y el 8 de septiembre de 2010¹⁵⁴, que son prueba suficiente para determinar la participación de las mismas en los hechos que han resultado ser constitutivos de un cártel.

En mayoría de los emails que han sido obtenidos durante la instrucción del procedimiento aparecen todas las empresas del cártel, por lo que participación de los acuerdos es indudable. Igualmente, las empresas aparecen en las tablas resumen con los resultados de las evaluaciones realizadas, como por ejemplo, la de agosto de 2010, remitido por ANT a los 6 concesionarios del cártel –AUTO ELIA, BATTINVER (es decir, BATTICALOA), SERVAUTO, SIMPSON CARS, TIBERMOTOR¹⁵⁵.

En este sentido, cabe incidir en que ninguna de las empresas sancionadas han mostrado su oposición a formar parte del cártel, como si lo hizo, por otro lado, la empresa SWEDISH CARS, sino que han llevado a cabo una conducta activa y continuada durante los años de la infracción.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de las partes al respecto.

5.7. Solicitud de prueba y celebración de vista

SERVAUTO solicita la admisión de un informe elaborado por la empresa MSI sistemas de inteligencia de mercado, S.A., así como la práctica de una prueba

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, folios 6297 a 6299; 6293 a 6296 y 6304; folio 6233; folios 6130 y 6166; folios 6132 y 6167; folios 6121 a 6123 y 6126 a 6129; folio 6288; folio 6233, 6109.

¹⁵⁰ Correo electrónico enviado por TIBERMOTOR a AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y SWEDISH CAR el 12 de enero de 2010 (folio 6293), recabado en la inspección de ANT.

¹⁵¹ Correo electrónico de 15 de enero de 2010 enviado por TIBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, SIMPSON CARS, SWEDISH y TURISMOS MADRID (folio 6292), recabado en la inspección de ANT.

¹⁵² Correos electrónicos intercambiados el 10 y 11 de marzo de 2010 entre ANT, TIBERMOTOR, BATTICALOA, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SERVAUTO y SIMPSON CARS, recabados en la inspección de ANT (folios 6126 a 6128).

¹⁵³ Correo electrónico de 16 de abril de 2010 enviado por TIBERMOTOR a SERVAUTO, AUTOELIA, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA (folios 6116 6117), recabado en la inspección de ANT.

¹⁵⁴ Correos electrónicos enviados por TIBERMOTOR el 3 y el 6 de septiembre de 2010 a ANT y AUTOELIA, SERVAUTO, TURISMOS MADRID, SIMPSON CARS y BATTICALOA, recabados en la inspección de ANT (folio 6113).

¹⁵⁵ Correo electrónico enviado el 9 de septiembre de 2010 por ANT a AUTOELIA, BATTICALOA, SERVAUTO, TIBERMOTOR, TURISMOS MADRID y SIMPSON CARS (folios 6111 y 6112), adjuntando “RESUMEN_VOLVO_MADRID_AGO10.xls”, recabados en la inspección realizada en la sede de ANT.

pericial llevada a cabo por la CNMC para determinar los efectos producidos por las prácticas a que se refiere este procedimiento.

TBERMOTOR solicita a esta CNMC que practique un requerimiento de información a VOLVO sobre los coches vendidos en los años de infracción. Asimismo, solicita sean admitidos como prueba los anexos que presenta junto a su escrito de alegaciones.

AUTO ELIA solicita que se requiera a VOLVO información relativa a datos de fluctuación de los precios finales de venta al público en España; planes de negocio de la marca en España; aspectos relacionados a incentivos de los concesionarios; y si la marca ha contratado servicios de cliente misterioso.

Finalmente, BATTICALOA y ANT también solicitan la incorporación de prueba documental al procedimiento.

Por otro lado, varios concesionarios han solicitado la celebración de vista ante la Sala del Consejo de la CNMC.

En relación con la solicitud de prueba, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien en términos generales dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el expediente, y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas. Se han admitido y, por tanto, se han tenido en cuenta las pruebas documentales aportadas por las partes en sus escritos de alegaciones.

Por el contrario, no se han admitido las pruebas periciales solicitadas por las partes, ni las que consisten en requerir información a VOLVO, al entender esta Sala que las mismas no hubiesen aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con las conductas objeto de esta Resolución.

Respecto a la solicitud de vista realizada los concesionarios, cabe recordar que la vista viene prevista en la LDC como una actuación que el Consejo puede acordar discrecionalmente, *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (arts. 19.1 y 37.2 RDC). El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere conveniente para el examen y análisis del objeto del expediente, no considera necesario para la valoración del presente asunto acceder a la solicitud de celebración de vista, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a las partes, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional, y dadas las amplias oportunidades, utilizadas por las incoadas a lo largo del procedimiento, para presentar alegaciones y confrontar los argumentos de la DC.

5.8. Confidencialidad

Esta Sala declara confidenciales los datos del volumen del negocio afectado aportado por las empresas a partir del año 2010 (incluido) presentados a los largo del procedimiento, no así la de los años anteriores por tener una antigüedad superior a 5 años.

Asimismo, esta Sala considera que no procede declarar la confidencialidad de los datos relativos al volumen total de negocios correspondiente al año 2015 presentado por las empresas a requerimiento de esta Sala, por cuanto la citada información es accesible al público a través del registro mercantil y no tiene el carácter de información amparada por el secreto empresarial.

SEXTO. SANCIÓN

6.1.- Consideraciones previas a la determinación de la multa

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave *“El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”*.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)¹⁵⁶, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

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. La Sala señala que dichos 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”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la*

¹⁵⁶ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude 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. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que "las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas." Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2. Criterios para la determinación de la sanción de las personas jurídicas

La infracción acreditada consiste en la adopción de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales, acompañadas de intercambios periódicos de información estratégica. Se trata por tanto de una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2015.

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015:

<i>Empresas</i>	<i>Volumen de negocios total en 2015 (€)</i>
A.N.T. SERVICALIDAD	828.546
AUTO ELIA, S.L.	35.561.000
BATTICALOA INVERSIONES, S.L.	12.681.878
SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.	18.598.849
SIMPSON CARS, S.L.U.	En liquidación
TIBERMOTOR SUR, S.L.	16.008.701

Teniendo en consideración esta cifra aportada por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de la distribución de vehículos de motor nuevos de la marca VOLVO vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante desde octubre de 2009 a diciembre de 2011.

En cuanto al mercado geográfico afectado, abarca la Comunidad de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha. El limitado alcance territorial de la infracción (en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviera lugar con una implantación en todo el territorio nacional) debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la multa dentro del arco sancionador. Por otra parte, si bien en las zonas donde se ha desarrollado la conducta ha participado un número significativo de concesionarios de la marca VOLVO implantados en la zona, cuando se incluyen los concesionarios de otras marcas ajenos a los pactos colusorios y con modelos situados en el mismo mercado relevante, se concluye que el alcance de la conducta ha tenido un carácter limitado.

En cuanto a los efectos de la infracción, los acuerdos entre las empresas disminuyeron efectivamente la incertidumbre en relación con las ofertas de sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que derivó en una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios infractores.

Además, debe tenerse en cuenta que las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de un sistema sofisticado en el que se contrató a una empresa (ANT) para que evaluara el nivel de cumplimiento de los acuerdos, y se

establecieron mecanismos de sanción para aquellas empresas que se desviasen de los mismos.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores aquí expuestos permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración de la *densidad antijurídica* de la conducta, y conduce a este Consejo a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde al valor de la distribución de varios modelos de la marca durante el periodo infractor imputable a cada empresa, y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios en el mercado afectado (€)</i>	<i>Cuota de participación en la conducta (%)</i>
AUTO ELIA, S.L.	5.736.000	26,8%
BATTICALOA INVERSIONES, S.L.	3.308.616	15,4%
SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.	9.524.357	44,4%
SIMPSON CARS, S.L.U.	No disponible	No disponible
TBERMOTOR SUR, S.L.	2.868.907	13,4%

De acuerdo con la información facilitada por las empresas imputadas, sus volúmenes de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar 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.

SIMPSON CARS no respondió a los requerimientos de información. Como ya se ha indicado, esta empresa se encuentra en liquidación. En la tabla anterior se indica que no está disponible el valor del mercado afectado por esta empresa durante la infracción. La sobreestimación de las cuotas de las otras empresas que se produce al no incluir las ventas en el mercado afectado de SIMPSON CARS ha sido tomada en cuenta a la hora de la individualización del tipo sancionador, por lo que no perjudica a las cuatro empresas de las que sí se dispone de información.

A.N.T. constituye un caso particular, por lo que no se ha incluido en la tabla anterior. La ausencia de volumen de negocio de esta empresa en el mercado afectado solo refleja su condición de facilitador sin actuación directa en ese mercado. Por tanto, no corresponde tener en cuenta su volumen de negocio en el mercado afectado para calcular la participación de las demás empresas en la infracción, ni realizar por este motivo un ajuste a la baja del tipo sancionador general correspondiente a la conducta.

6.3. Sanción a imponer

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las empresas infractoras la sanción que se muestra en la tabla siguiente.

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015</i>	<i>Tipo sancionador final (%)</i>	<i>Multa (en €)</i>
A.N.T. SERVICALIDAD	828.546	2,00%	16.571
AUTO ELIA, S.L.	35.561.000	1,10%	391.171
BATTICALOA INVERSIONES, S.L.	12.681.878	1,70%	215.592
SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.	18.598.849	2,50%	464.971
SIMPSON CARS, S.L.U.	En liquidación	2,30%	0
TIBERMOTOR SUR, S.L.	16.008.701	1,20%	192.104

SIMPSON CARS está en liquidación, por lo que su volumen de negocios total para el año 2015 es cero. Por tanto, aunque en la tabla se señala el tipo sancionador que le hubiera correspondido, la sanción en euros finalmente impuesta a estas empresas es por fuerza nula.

En el caso de AUTO ELIA, BATTICALOA INVERSIONES y TIBERMOTOR SUR, los tipos sancionadores finales que se muestran en la tabla anterior son inferiores a los que les hubieran correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta

y con su participación en la infracción. No obstante, se han ajustado a la baja para garantizar que las sanciones impuestas son proporcionales también en el caso de empresas con un carácter más multiproducto, de acuerdo con la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, un tipo sancionador, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto, es decir, las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado, conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de estas empresas.

En la siguiente tabla puede comprobarse claramente el carácter multiproducto de las tres empresas mencionadas porque su volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) representa una parte muy pequeña de su volumen de negocio total (VNT):

<i>Empresas</i>	<i>VNMA durante la infracción como proporción del VNT en 2015</i>
AUTO ELIA, S.L.	7,2%
BATTICALOA INVERSIONES, S.L.	13,0%
TIBERMOTOR SUR, S.L.	8,0%

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)¹⁵⁷. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicaran a estas tres empresas (AUTO ELIA, BATTICALOA y TIBERMOTOR) los tipos sancionadores que les corresponderían según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, las sanciones que se obtendrían superarían el límite de proporcionalidad, lo que implica que las sanciones corriesen el riesgo de ser desproporcionadas sin un ajuste a la baja del tipo sancionador.

También se ha tenido en cuenta, a la hora de fijar el tipo sancionador de las empresas, que en este sector los operadores actúan con márgenes

¹⁵⁷ Estos supuestos muy prudentes se refieren 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. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica.

particularmente estrechos en términos porcentuales. Este factor puede considerarse relevante siempre que, como aquí ocurre, ofrezca una imagen común o estructural del sector en cuestión –independientemente del concreto margen comercial de las empresas en un determinado año o periodo–, y siempre que los operadores carezcan del respaldo de un grupo empresarial que desarrolle otras actividades económicas con características diferentes, condición que también se cumple en este caso.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

HA RESUELTO

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

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

1. A.N.T. SERVICALIDAD, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.
2. AUTO ELIA, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.
3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos enero de 2010 a diciembre de 2011.
4. SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.
5. SIMPSON CARS, S.L.U., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.
6. TIBERMOTOR SUR, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VOLVO desde al menos octubre de 2009 a diciembre de 2011.

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

1. A.N.T. SERVICALIDAD, S.L.: 16.571 euros
2. AUTO ELIA, S.L.: 391.171 euros
3. BATTICALOA INVERSIONES, S.L.: 215.592 euros
4. SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.: 464.971 euros
5. TBERMOTOR SUR, S.L.: 192.104 euros

CUARTO.- Declarar no responsable, a los efectos de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 LDC, al Director General de TBERMOTOR SUR, S.L.

QUINTO.- Acordar la confidencialidad de la información aportada por las empresas en los términos señalado en el Fundamento de Derecho 5.8.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SÉPTIMO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que proceda a la averiguación y, en su caso, a la incoación y práctica de actuaciones de instrucción que permitan determinar la posible responsabilidad por sucesión empresarial, respecto de la conducta de la mercantil SIMPSON CARS, S.L.U.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 12 de julio de 2016, en el marco del EXP. S/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO, y al que se adhiere el Il. lre. Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz.

PRIMERO.- Considero que la *Resolución* aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma **debidamente motivada** al aplicar los criterios de los *Artículos 63 y 64* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y siguiendo la jurisprudencia del Alto Tribunal (por todas, STS de 29 de enero de 2015, RC número 2872/2013).

De la lectura de la *Resolución* es **totalmente imposible** conocer cuál es el *iter* argumentativo para la determinación de la multa, es decir, el razonamiento por el que, partiendo de *lo dispuesto en los Artículos 63 y 64 de la Ley*, y empleando la citada jurisprudencia, la mayoría de la SALA ha llegado a concluir que «*corresponde imponer a las empresas infractoras la sanción que se muestra en la tabla [de la página 90]*». **No existe posibilidad alguna** de que de la lectura de la *Resolución* los sancionados puedan saber, aun sea de manera aproximada, *de dónde salen esas cifras* (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La *Resolución* dice (Pág. 89-90, énfasis añadido): [...] *el conjunto de factores aquí expuestos permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% [...] la valoración de la densidad antijurídica de la conducta, y conduce a este Consejo a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa*».

Siguiendo la costumbre de nuestros tribunales de dividir la escala sancionadora en *tramo bajo, medio y alto*, el «*tramo medio*» de la escala 0%-10% corresponde al intervalo 3´4%-6´7%. En consecuencia, si «*el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-bajo*» entonces estamos hablando de algún porcentaje entre, digamos, el 3´4% y 4´5%.

No hay nada que objetar al hecho de que la valoración subjetiva del «*conjunto de factores expuestos [en las págs. 88-89]*» conduzca a la mayoría de la SALA «*a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general*» en la parte baja del tramo medio de la escala sancionadora. El órgano sancionador está facultado para realizar esa valoración general. Ahora bien, cuando ello se hace «*sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa*», entonces viene obligado a ser más preciso y establecer de

qué porcentaje específico parte dentro de ese «*tramo medio-bajo*». De no hacerlo así, la determinación de la multa se vuelve incomprensible: «*al alza o a la baja*», pero **¿en relación a qué?**

Así, la *Resolución* dice (Pág. 90): « [...] se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar 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». Al alza o a la baja, **¿en relación a qué?**, es decir, partiendo de qué nivel. Del mismo modo la *Resolución* afirma que en el caso de la imputada A.N.T. *SERVICALIDAD* «no corresponde [...] realizar [...] un ajuste a la baja del tipo sancionador general correspondiente a la conducta». De nuevo ¿cuál es ese «tipo sancionador general correspondiente a la conducta»... que en el caso de ANT no proceder a ajustar a la baja? No hay forma de saberlo.

Más aún, aunque se hubiera fijado el nivel de partida o –en el lenguaje de la *Resolución*– «tipo sancionador general correspondiente a la conducta», tampoco habría forma de saber de dónde salen los porcentajes sancionadores de la Tabla de la página 90, porque la *Resolución* en ningún momento menciona qué ajustes se han realizado ni por qué hay necesidad de hacerlos. Lo único claro en esa Tabla es que los porcentajes sancionadores asignados difieren entre sí, de modo que algún «ajuste» ha debido existir, pero no se sabe alrededor de qué nivel (o «tipo sancionador general correspondiente a la conducta») ni en qué cuantías. Ni siquiera está clara su motivación.

Se intuye que ese misterioso «ajuste al alza o a la baja» es «en función de la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta». Pero como no hay ni un nivel inicial alrededor del cual supuestamente se hace el ajuste «al alza o la baja», y como además no sabemos en qué casos se ha hecho, tampoco podemos saber por qué ocurren cosas como las siguientes:

(i) A la empresa *AUTOELIA*, cuya «cuota de participación en la conducta» es el 26'8%, se le reduce (si bien no sabemos desde dónde) el porcentaje sancionador hasta el 1'10% mientras que a *BATTICALOA*, con cuota de participación **muchísimo menor** en la conducta (15'4%), se le reduce el misterioso «tipo sancionador general» **en mucho menos** (solo hasta el 1'70%) [Vid. Tablas de las Págs. 90 y 91].

(ii) En la Tabla de la Pág. 90 se indica que para *SIMPSON CARS S.L.U.* la CNMC no dispone del volumen de negocios afectado por la infracción, de modo que tampoco dispone de su «cuota de participación en la conducta». Sin embargo, la Tabla de la Pág. 91 le asigna un porcentaje sancionador de gran precisión numérica, 2'30%. Ahora bien, si el «ajuste al alza o a la baja» es «en función de la participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta», **¿de dónde ha salido ese porcentaje?** No hay forma de saberlo.

Podríamos suponer que a *SIMPSON CARS S.L.U.* se le ha atribuido el misterioso «tipo sancionador general correspondiente a la conducta». Pero eso hay que descartarlo porque, tras señalar que en el caso de *ANT SERVICIALIDAD* «no corresponde [...] realizar [...] un ajuste a la baja del tipo sancionador general correspondiente a la conducta», la *Resolución* le asigna el 2% (que tampoco puede ser el «tipo sancionador general correspondiente a la conducta» porque no pertenece a la parte baja del tramo medio de la escala sancionadora).

Con el *iter argumentativo* –o más apropiado: *con su ausencia*– de la *Resolución*, es imposible encontrar en ella una explicación a esos asuntos. Tampoco al siguiente:

(iii) La *Resolución* dice (Pág. 91, énfasis añadido) que «En el caso de *AUTO ELIA*, *BATTICALOA INVERSIONES* Y *TIBERMOTOR SUR*, los tipos sancionadores finales que se muestran en la tabla son inferiores a los que les hubieran correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción. No obstante, se han ajustado a la baja para garantizar que las sanciones impuestas son proporcionales [sic] también en el caso de empresas con un carácter más multiproducto»

¿Cuáles son los tipos sancionadores «que les hubieran correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción»? **Tampoco se sabe.** ¿Pero entonces qué es lo que se ha «ajustado a la baja para garantizar que las sanciones impuestas son proporcionales [sic] también en el caso de las empresas con un carácter más multiproducto»? ¿Y por qué esos *enigmáticos* tipos sancionadores «que les hubieran correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción» son desproporcionados «en el caso de [esas] empresas con un carácter más multiproducto», al punto de haber requerido un ajuste a la baja del que no se sabe ni origen ni cuantía?

¿Y por qué esos «tipos sancionadores finales» –y de trazabilidad desconocida– consiguen «garantizar que las sanciones impuestas son proporcionales [sic]» en el caso de las citadas empresas? ¿Con qué criterio de *disuasión* (vs. *proporcionalidad*) está construida la *Resolución*?

Tampoco hay forma de saber nada de eso. Ahora bien, nadie (ni el administrado, ni sus representantes, *ni yo mismo que formo parte de la SALA*) puede saberlo porque la *Resolución* no da a conocer, **(a)** «los tipos sancionadores [...] que les hubieran correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción», **(b)** cuál es el beneficio ilícito, y **(c)** con qué criterio de *disuasión* y *proporcionalidad* se está operando.

En relación con ello, los miembros de la *SALA* con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta*» (Vid. Pág.

92). Aunque en repetidas ocasiones he pedido conocerlo, continúo sin disponer de esa información. La *Resolución* **ni siquiera** proporciona *el monto* del beneficio ilícito que la CNMC atribuye a cada sancionada. En consecuencia, **nadie** (los administrados, sus representantes legales o yo mismo) puede valorar si, como afirma la *Resolución*, «*las sanciones impuestas son proporcionales [sic] también en el caso de las [citadas empresas]*»

SEGUNDO.- No estoy de acuerdo en que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/12 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, **al que remito**.

En mi opinión, y por lo que respecta al tratamiento de los cárteles, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera. Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso **ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto**. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. Opino que tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también **el porqué** de la **específica** multa que se impone.

TERCERO.- UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

El *Expediente* que nos ocupa (*S/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO*) fue inicialmente turnado al Consejero Benigno Valdés. La ponencia, elevada a la consideración de la SALA en su sesión del 7 de julio de 2016, fue rechazada por 3 votos contra 2. Mantengo los términos en los que fue establecida. Ciñéndonos por razón de importancia –en mi opinión– a los elementos mencionados en este Voto Particular, Apartados *PRIMERO* y *SEGUNDO*, la ponencia rechazada decía lo siguiente:

« [...] **CUARTO.-Sobre las sanciones a imponer: Legislación y jurisprudencia**

Son de aplicación, entre otros, el Art. 62-4-a de ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica los hechos aquí examinados como *infracción muy grave*; y el Art. 63-1-c, indicativo de que esas infracciones deben ser sancionadas con un porcentaje, *dentro de la escala cero a diez*, del volumen de negocios *total* de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo clarifica que por *volumen de negocios total* debe entenderse el **total/consolidado** de la empresa (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En consecuencia, corresponde al órgano sancionador establecer, para cada empresa infractora y con arreglo a lo estipulado en el Artículo 64 de la citada Ley (incardinado en el mercado *afectado por la*

infracción) la graduación de la sanción dentro de la escala 0%-10%. Como la jurisprudencia dicta que ese porcentaje debe aplicarse sobre el volumen de negocios *total/consolidado*, surge una posibilidad de conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción, a saber, *proporcionalidad* a la gravedad de infracción y *disuasión* de futuras conductas infractoras.

Dicha posibilidad de conflicto emerge porque mientras en el caso de las empresas unisectoriales (o uni-producto) el volumen de negocios *total/consolidado coincide en cada ejercicio con el afectado por la infracción*, en el de las multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir entonces, y particularmente en el caso de una duración de la infracción muy corta, que sobre la empresa multi-producto recaiga una sanción que, *a fuer de disuasoria*, devenga *desproporcionada a la gravedad de la infracción*, y entonces el órgano sancionador debe atender a lo dispuesto por el TS:

« [...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente [...] desplazando al principio de proporcionalidad.»

Ello plantea la necesidad de conocer con qué limitación opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador no lo explicita, pero la jurisprudencia del TS lo ha acotado bastante:

«Las sanciones [...] en el ámbito del derecho de la competencia –que [...] no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones [...]. Si [...] el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales» [...] Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...] En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»

Lo anterior no supone que la sanción *pecuniaria* deba agotar en sí misma el beneficio ilícito, pues «no debe olvidarse que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias, otras medidas punitivas» (TS, Jurisprudencia citada). En efecto, el carácter disuasorio de las sanciones no se asienta únicamente en la sanción pecuniaria (la *multa*) sino también –como ejemplo destacable, aunque no único– en el hecho de poner en conocimiento de la sociedad (Art. 69 de la Ley 15/2007) que la empresa ha infringido la ley y en qué términos (un *coste sombra* adicional, toda vez que la marca comercial aparece asociada a comportamientos ilícitos en materia de competencia).

En conclusión, el posible conflicto entre los objetivos de *disuasión* y *proporcionalidad*, que puede producirse como resultado de aplicar el porcentaje sancionador de los Arts. 63 y 64 al volumen de negocios *total/consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

QUINTO.- Cuantificación Preliminar de la sanción. El Artículo 64 establece los «*criterios*» a los que, «entre otros», se debe recurrir a la hora de determinar el porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10% para cada empresa involucrada. La lista no es excluyente de otros criterios y por tanto la Ley otorga un margen de

discrecionalidad al órgano sancionador para considerar en sus decisiones criterios adicionales que –en su parecer *motivado*– entienda apropiado. Así mismo, no todos los criterios que la Ley explícitamente menciona en el Art. 64-1 son independientes entre sí, de modo que *la utilización de alguno(s) ya incluye la utilización de otros*. De igual importancia, el TS ha puesto de relieve, en relación con el citado Art. 64, que «no cabe afirmar que cualquier resolución sancionadora deba hacer necesariamente referencia a todos y cada uno de aquellos factores que el precepto legal deja enunciados» (STS N° 828/2016, de 28 de abril, RC N° 1305/2014).

Sobre esa base se han determinado las sanciones que aparecen recogidas en la TABLA 1. Para entender su construcción conviene realizar algunas consideraciones previas:

(1) La creación de un cártel constituye una infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre competencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima. Sin embargo, no todos los cárteles son iguales: su capacidad distorsionadora del mecanismo de mercado depende de en qué sector de la economía estén operando (en qué medida se utiliza su producción como insumo para la producción de otras mercancías). En el caso que nos ocupa, cualquier sobreprecio derivado de la cartelización –diferencia entre el precio efectivamente cobrado, lo que incluye descuentos y otras condiciones comerciales, y el que habría prevalecido en situación de verdadera competencia– tiene escasa posibilidad de ser transmitido aguas abajo vía sucesivos recargos (es decir, mark-ups de segunda y posteriores rondas), por dos razones: (a) el comprador de los vehículos aquí considerados es generalmente su consumidor final; y (b) se trata de una mercancía con muchos sustitutivos cercanos.

En virtud de esa limitada capacidad para distorsionar el sistema general de precios, la pertenencia **específicamente a éste cártel** merece en sí misma una sanción para cada empresa partícipe del 1% dentro de la escala 0%-10% y según lo dispuesto en el Artículo 64; por encima de ese nivel, *el reproche sancionador debe reflejar la contribución de cada empresa al daño efectivamente causado*, en el siguiente sentido: Aunque es imposible estimar el valor monetario del daño causado por el cártel al bienestar social, no hay duda de que ese daño depende del volumen de ventas cartelizadas, de modo que la *participación relativa* de cada empresa en el conjunto de esas ventas es una medida de la responsabilidad individual en la pérdida de bienestar social, independientemente del valor absoluto de ésta.

(2) La mencionada jurisprudencia del TS también clarifica la naturaleza de la escala sancionadora del Art. 63-1-c. En particular, el porcentual 10, «por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable dentro de su categoría, ha de servir de referencia para, a partir de él y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse». También clarifica qué debe entenderse por «infracción más reprochable dentro de su categoría»:

« [...] Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son [...] las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre competencia de productos, mercancías [...] servicios o cualesquiera otras cosas [...] que sean objeto de contratación”. Se trata de conductas contrarias a la libre competencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño».

Pues bien, de lo instruido en este Expediente no se aprecia que estemos ante esa clase de conductas extremas. Aunque la creación del cártel constituye en sí misma una infracción muy grave, no existe evidencia de que en su operativa haya mediado violencia, amenaza o engaño por parte de alguno(s) de sus miembros contra otros.

Sobre la base de lo descrito, y tomando en cuenta que la incidencia del cártel ha quedado circunscrita a un ámbito pequeño, tanto geográfico (el correspondiente a las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha) como mercantil (exclusivamente los vehículos nuevos de la marca VOLVO), esta SALA de COMPETENCIA entiende que la sanción monetaria apropiada en ningún caso debe superar el nivel 2'5% dentro de la escala sancionadora 0%-10%. En consecuencia, entre el general 1% y el indicado 2'5% debe incardinarse el porcentaje sancionador apropiado a cada una de las empresas partícipes en función de su responsabilidad individual (relativa). Eso es lo que aparece reflejado en la TABLA 1, con excepción de la empresa consultora ANT y de D. Oscar Soriano Guadix, cuya responsabilidad en la infracción requiere consideraciones específicas, a las que haremos referencia más adelante.

El Volumen de Negocio Afectado por la Infracción aparece en la **Columna 2** y, por construcción, incluye implícitamente otros elementos del Art. 64, como la dimensión y características del mercado afectado, el alcance de la infracción y su duración. De esa columna resulta la *Cuota de Responsabilidad Individual* en el daño causado al bienestar social por el conjunto del cártel (**Columna 3**), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (**Columna 4**) como **el 1% general más la parte alícuota de responsabilidad en la pérdida de bienestar ocasionada**, una vez asignados 1'5 puntos porcentuales por ese concepto a **la empresa que más ha contribuido** a la citada pérdida (**Columna 5**).

TABLA 1: Determinación de la sanción preliminar

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	Volumen de negocio afectado por la infracción	Cuota de Responsabilidad Individual	Asignación Proporcional de 1'5 puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual	Porcentaje sancionador (%)	(% sancionador aplicado al volumen de negocio total/consolidado en 2015)
BATALOIA INVERSIONES, S.L.	3.308.615,97	0,15	0,52	1,52	192.901,14
SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.	9.524.357,20	0,44	1,50	2,50	464.971,22
AUTO ELIA, S.A.	5.736.000,00	0,27	0,90	1,90	676.856,71
TBERMOTOR SUR, S.L.	2.868.906,55	0,13	0,45	1,45	232.418,61
TOTAL	21.437.879,71	1,00			

La imputada SIMPSON CARS, S.L.U. se encuentra en fase de liquidación y no ha respondido a los múltiples requerimientos de información sobre su volumen de ventas afectado por la infracción cursados por la CNMC. De modo que no aparece en la TABLA 1 porque sin disponer de esa información es imposible determinar su cuota de responsabilidad individual en la infracción y, en consecuencia, su correspondiente % sancionador. Por lo que respecta a ella misma, lo anterior es irrelevante porque al estar en fase de liquidación concursal su volumen de negocios total en 2015 es cero, de manera que la multa a imponerle es también cero *con independencia del porcentaje sancionador que le hubiera correspondido*. Pero esa situación conlleva un perjuicio para las demás imputadas porque, como el daño causado al bienestar social por el conjunto del cártel está *indexado a 1*, resulta que la participación de SIMPSON CARS le es atribuida, injustamente, a las demás.

La solución es reducirles a éstas su porcentaje sancionador de la TABLA 1, y *no existe más forma de decidir el cuánto de esa reducción que la subjetiva del órgano sancionador*. La SALA entiende que eso es

mejor –por más justo– que no hacer nada, y sobre esa base decide una reducción de 0,3 puntos porcentuales. [N/B: Si la cuota de participación de *SIMPSON CARS* en el daño al bienestar social fuera inferior a la de *SERVAUTO CENTROMOTOR SA*, ésta seguiría siendo la imputada con mayor responsabilidad individual y no le sería aplicable la reducción. Pero eso evidentemente **no** podemos saberlo, por lo que la reducción también debe serle aplicada, como a las demás]. El ajuste produce la siguiente tabla sancionadora:

TABLA 2.

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	Porcentaje sancionador (%)	(% sancionador aplicado al volumen de negocio total/consolidado en 2015)
<i>BATALOIA INVERSIONES, S.L.</i>	1,22	154.855,50
<i>SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.</i>	2,20	409.174,68
<i>AUTO ELIA, S.A.</i>	1,60	570.173,71
<i>TIBERMOTOR SUR, S.L.</i>	1,15	184.392,51

No procede modificar esta sanción sobre la base de elementos que ya han sido tomados en cuenta para establecer el porcentaje sancionador según el Art. 64, pues en caso contrario esos elementos serían computados más de una vez con el mismo propósito: precisamente determinar ese porcentaje. Pero **si** procede hacerlo, en cambio, cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: **1ª** El órgano sancionador entiende que existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual que es necesario tomar en consideración; y **2ª** La aplicación del % sancionador al volumen de negocio *total/consolidado* de la empresa produce, *en el sentido expuesto en el Fundamento de Derecho CUARTO*, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción.

SEXTO.- Sobre la necesidad (o ausencia de ella) de modificar las multas preliminares de la TABLA 2.

(1) Por lo que respecta a una posible modificación de la sanción en virtud de la existencia de factores agravantes o atenuantes de la responsabilidad individual, esta SALA entiende que no se dan aquí esos factores.

(2) Para comprobar si la aplicación del porcentaje sancionador de la *Tabla 2* al volumen de negocios *total/consolidado* de la empresa da lugar a colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* de la sanción, es necesario conocer, en cada caso, qué parte del beneficio de la empresa podemos considerar *ilícito* (es decir, atribuible a su acción infractora). La Teoría Económica demuestra que el *beneficio ilícito* ($\Delta\pi$) es el siguiente porcentaje de las ventas afectadas por la infracción (V), antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados:

$$\frac{\Delta\pi}{V} = \frac{\kappa[(1 + \eta)(1 + \kappa\xi) + \eta\xi]}{(1 + \eta)(1 + \kappa)(1 + \kappa\xi)}$$

En esta expresión, η es el margen de beneficio sobre el coste unitario de producción *antes de la configuración del cártel*; κ es el sobreprecio atribuible a la cartelización y ξ es la elasticidad de la demanda:

$$\xi > -\frac{1 + \eta}{\kappa + \eta + \kappa\eta}$$

Sobre esa base podemos estimar el beneficio *ilícito* de cada una de las empresas partícipes.

(i) *Estimación del parámetro η* . La *Central de Balances del Banco de España* proporciona estadísticas sobre el margen de beneficio bruto de diferentes sectores de la industria española, entre ellos el considerado en este *Expediente*. La serie cubre el periodo muy amplio hasta la actualidad. Ahora bien, para poder identificar dicha serie con η es preciso realizar algunas transformaciones. En primer lugar, el *BdE* computa el margen de beneficio sobre el precio, no sobre el coste unitario. No computa $\eta = (P - c)/c$ sino $M = (P - c)/P$. Sin embargo, es sencillo traducir éste en aquél: $\eta = M/(1 - M)$.

En segundo lugar, el *BdE* determina el margen M sin tomar en cuenta la posibilidad de que en el sector esté operando un cártel. Sin embargo, nosotros sabemos que el sector aquí considerado sí lo estuvo desde el año 2009. En principio, y puesto que no hay constancia alguna de contrario, debemos considerar que el cártel no existía con anterioridad a esa fecha. En consecuencia, para estimar η a partir de M procede atribuirle a éste el valor medio de la serie que provee la *Central de Balances del BdE* para el periodo anterior a 2009.

En tercer lugar, el *BdE* no proporciona el valor de M para cada una de las empresas, sino para el sector en su conjunto (*G451 Venta de vehículos a motor*). No todas las empresas tienen el mismo poder de mercado y cabe esperar que el margen de beneficio individual esté por encima o por debajo de la mediana sectorial. Ahora bien, la utilización de ese valor es apropiada a los efectos que ahora nos ocupan. De acuerdo con lo anterior resulta $\eta = 5'1\% = 0'051$.

(ii) *Estimación del parámetro κ* . Ningún organismo oficial posee datos sobre κ . Así pues, a la hora de asignarle un valor la Autoridad de Competencia ha de realizar una *conjetura informada*. En ese sentido, las estimaciones empíricas le otorgan a κ un valor medio $\kappa = 13,78\%$ para una muestra internacional con todo tipo de cárteles (*Vid. M. Boyer y R. Kotchoni, The Econometrics of Cartel Overcharges, Scientific Series, March 2011*).

(iii) *Estimación del parámetro ξ* . Con $\eta = 0'051$ y $\kappa = 0'135$, resulta $\xi > -5'5$, una elasticidad elevada, *en consonancia con el alto número de sustitutivos cercanos*. Con el fin de compensar cualquier posible sesgo en la estimación de los parámetros que pudiera perjudicar a las empresas partícipes, tomamos $\xi = -4'5$ (es decir, un valor *muy* favorecedor para aquéllas).

(iv) *Estimación del beneficio ilícito como porcentaje de ingresos afectados.* De lo expuesto resulta $\Delta\pi/V = 0'054$. Para cada año en el que tiene lugar la infracción el *beneficio ilícito* de cada empresa partícipe equivale al 5'4% de las ventas afectadas. Es decir, el siguiente:

TABLA 3

DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO ILÍCITO		
EMPRESA	Volumen de negocio afectado por la infracción	Beneficio Ilícito
BATALOIA INVERSIONES, S.L.	3.308.615,97	178.665,26
SERVAUTO CENTROMOTOR, S.A.	9.524.357,20	514.315,29
AUTO ELIA, S.A.	5.736.000,00	309.744,00
TIBERMOTOR SUR, S.L.	2.868.906,55	154.920,95

En consecuencia, de las multas preliminares de la TABLA 2 únicamente las referidas a AUTO ELIA, S.A. y TIBERMOTOR SUR, S.L. presentan un problema de colisión entre los objetivos de disuasión y proporcionalidad sancionadora en el sentido descrito en el *Fundamento de Derecho CUARTO*. Ello no se debe al % sancionador –que simplemente gradúa la gravedad de la infracción según los Artículos 63 y 64–, sino al hecho de aplicar ese porcentaje al volumen de ingreso total/consolidado del año 2015, que en el caso de esas empresas es muy alto en relación con el volumen de ingreso afectado por la infracción.

Pues bien, la brecha detectada entre la multa de la Tabla 2 y el beneficio ilícito no es acorde con la *legislación actual*. Está fuera de toda duda la legitimidad de opinar que nuestra legislación en materia de defensa de la competencia no es suficientemente disuasoria. Pero la CNMC no tiene potestad para **adelantándose al legislador**– suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios. *«Corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»* (SST de 29 de enero de 2015, ya citada, y posteriores). Mientras el legislador no establezca por sí mismo en *cuantas veces el beneficio ilícito* queda fijado el *límite disuasorio de las sanciones* en esta materia, ese límite lo establece, por aplicación de la jurisprudencia emanada del TS, el beneficio ilícito (*Vid.*, a este respecto, *Fundamento de Derecho CUARTO*). Por ello, las multas impuestas a AUTO ELIA, S.A. y TIBERMOTOR SUR, S.L. deben ser, respectivamente, **309.744€** y **154.921€**.

SÉPTIMO.– Se ha hecho referencia a que la empresa consultora ANT requiere un tratamiento sancionador distinto al aplicado a las demás empresas imputadas. Ello se debe a que ANT –cuya naturaleza económica se ha descrito en el Apartado *EMPRESAS IMPUTADAS Y DELIMITACIÓN DEL MERCADO*– no es un operador en sentido estricto en el mercado afectado pues no vende *vehículos a motor de la marca VOLVO en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-León y Castilla-La Mancha*. Tampoco es una asociación ni una unión o agrupación de empresas. En consecuencia, no es obvio cómo aplicar los Artículos 1 y 61 a 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La STJUE, Sala Segunda, de 22 de octubre de 2015, en el Asunto C-194/14 P, AC-TREUHAND AG, aborda un caso de igual naturaleza jurídica: *«AC-Treuhand [...] es una sociedad asesora que ofrece diversos servicios [...], entre ellos [...] la obtención, el tratamiento y la explotación de los datos del mercado;*

la presentación de las estadísticas del mercado y el control de las cifras comunicadas por los participantes. [...] La Comisión considera a AC-Treuhand responsable» de participación en los cárteles analizados «porque jugó un papel esencial» en ellos asistiendo y participando activamente en reuniones, «recogiendo y comunicando a los productores interesados datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores [...], a cambio de una remuneración [...].»

La Comisión sancionó a tanto alzado, admitiendo que *«dirigir una decisión a una empresa que ha desempeñado un papel tan específico era, en cierta medida, una novedad»*. El Tribunal General sostuvo la Resolución de la Comisión.

En su *Recurso* ante el Tribunal de Justicia, AC-Treuhand alegó que su comportamiento no podía ser calificado como de participación en los cárteles analizados porque, no siendo ella un operador del mercado afectado, sus servicios no son una *práctica concertada* restrictiva de la competencia, pues esa figura jurídica sólo es aplicable a acuerdos entre *operadores –strictu sensu– en dicho mercado*; así mismo, que dada su característica de no operador en el mercado afectado, la única posibilidad de sanción sería, en todo caso, la imposición de una multa meramente *simbólica*.

En la resolución de ese *Recurso*, el TJ aborda las dos cuestiones de interés para el caso que ahora nos ocupa: Determinar **(1)** *«si una empresa asesora puede considerarse responsable de la infracción [...] cuando contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cártel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa»*; y **(2)** si es ajustado a Derecho multar, y en caso afirmativo, por qué conducto, a una empresa asesora cuando, al no ser operador en sentido estricto en el mercado afectado, su volumen de negocios es nulo en ese mercado.

En relación con la primera cuestión, el TJ argumenta que la legislación en materia de competencia *«se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que [...] falseen la competencia [...], con independencia del mercado en el que operen las partes [...].»*; que el objetivo principal de la legislación *«es garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada [...], y que «la interpretación [...] que AC-Treuhand propone podría reducir la plena eficacia de la prohibición [...], ya que no permitiría impedir la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia por el mero hecho de que dicha contribución no se refiera a una actividad económica perteneciente al ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse»*. El Tribunal concluye que es ajustado a Derecho considerar responsable de infracción a una empresa consultora *«cuando contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cártel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa»*

Pues bien, en el *Expediente* que ahora nos ocupa concurren los requisitos necesarios para declarar válidamente la responsabilidad de ANT por su participación en los acuerdos considerados, toda vez que, como ha sido puesto de manifiesto, contribuyó *activamente y con total conocimiento de causa* (vid. HECHOS ACREDITADOS) a la puesta en marcha y al mantenimiento del cártel analizado.

En relación con la segunda cuestión planteada, el TJ establece que lo importante es que *«para el cálculo de la multa que vaya a imponerse a una empresa se tome como base un importe que refleje la importancia económica de la infracción y el peso relativo de esa empresa en dicha infracción»*, pero matiza

expresamente que no cumplen ese requisito los honorarios que percibe la empresa consultora por los servicios prestados a los productores partícipes en el cártel porque *«equivaldría a tener en cuenta un valor que, aunque proporciona una indicación sobre el importe de los beneficios que obtuvo de las infracciones, no reflejaría de manera adecuada ni la importancia económica de las infracciones de que se trata ni el peso de [su] participación individual en dichas infracciones»*.

Por contra, y en lógica ausencia de la cifra correspondiente al volumen de negocios afectado por la infracción, el TJ expone que *«se puede tener en cuenta el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, del tamaño de ésta y de su potencia económica»*. Sobre esa base, *«a la hora de fijar el importe de la multa 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»*. Con esa condición la Comisión puede, incluso, fijar el monto de la sanción a tanto alzado.

Pues bien, la Teoría Económica pone de manifiesto que el mantenimiento de un cártel requiere la existencia de un instrumento de control capaz de garantizar que sus miembros cumplen en todo momento los acuerdos adoptados. Sin ese instrumento de control, la pervivencia de un cártel es muy difícil (o directamente imposible), porque cada partícipe tiene el incentivo económico de actuar como *«free rider»*, es decir: *obtiene ventaja si no respeta los acuerdos y los demás sí lo hacen*.

El problema, obviamente, es que todos los partícipes, afectados por idéntico incentivo, razonan del mismo modo. En consecuencia, a menos que el cártel se dote a sí mismo de un instrumento controlador de las conductas de sus miembros, el incentivo de cada uno de ellos para actuar como *free rider* hace que el propio cártel sea inviable. Ese *instrumento de control* puede adoptar distintas formas, y en el caso que nos ocupa el diseñado por A.N.T. SERVICALIDAD, S.L constituye un modus operandi verdaderamente ingenioso para combatir a los *«free riders»* (el principal elemento desestabilizador de un cartel. Más aún, esta empresa ha desarrollado una rama de especialización en esa labor, pues ya ha sido involucrada por idéntica labor en otros casos (Vid., ej., Expte. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER).

Sobre la base de las consideraciones aquí expuestas, la participación activa de las citada empresa consultora en el desarrollo y mantenimiento del cártel *desde el mismo comienzo de su existencia*, y en coherencia con las sanciones impuestas en los Expedientes mencionados, esta SALA de COMPETENCIA impone a A.N.T. SERVICALIDAD, S.L un porcentaje sancionador del 2'5%, lo que produce la siguiente multa: 20.713'6 euros. [...]»

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio y firmo en Madrid, a 12 de julio de 2016.