

RESOLUCIÓN

(Expte. SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria 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 28 de julio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador **SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN** incoado de oficio por la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid a través del Servicio de Defensa de Competencia adscrito a su Subdirección General de Gestión (en adelante, el SDC), contra determinadas empresas y concesionarios distribuidores de la marca Nissan por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, la LDC).

HECHOS

I.- ANTECEDENTES

1. En el marco de una **información reservada** relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor en España, los días 4 y 5 de junio de 2013, la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia realizó **inspecciones**, entre otras, en la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L. y en la sede del concesionario M. CONDE S.A.

2. El 29 de agosto de 2013, sobre la base de la información reservada realizada, la Dirección de Investigación, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la **incoación del expediente sancionador S/0485/13**, Concesionarios Nissan, contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca Nissan.
3. Con fecha de 23 de abril de 2014 la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, habiendo constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente S/0485/13, al objeto de que pudiera ser remitido al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
4. Mediante Resolución de 22 de mayo de 2014, la CNMC acordó el **archivo** del expediente S/0485/13 incoado por la extinta Dirección de Investigación el 29 de agosto de 2013 contra determinadas empresas y concesionarios distribuidores de la marca Nissan, y la remisión de todo lo actuado al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.
5. Con fecha 17 de junio de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) remitió al Servicio de Defensa de Competencia (SDC) de la entonces Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid (en adelante, Viceconsejería) el presente asunto, por haber constado que el ámbito geográfico de las posibles conductas anticompetitivas había sido delimitado a la Comunidad de Madrid.
6. El 18 de septiembre de 2014, el SDC envió requerimientos de información a FACONAUTO y a la Asociación Nacional de Concesionarios Citroën, teniendo entrada ambas contestaciones el 10 de octubre de 2014.
7. A la vista de la documentación obrante en el expediente, el 23 de septiembre de 2014 se declara por el SDC confidencial parte del expediente, formándose pieza separada de la misma.

8. El 23 de octubre de 2014, el SDC envió un requerimiento de información a NISSAN, teniendo entrada su respuesta, previa solicitud de ampliación de plazo, el 24 de noviembre de 2014 (folios 2390 a 2392 y 2410 y ss.). Parte de la documentación presentada ha sido declarada confidencial a solicitud de NISSAN. El 17 de diciembre de 2014 tiene entrada en el SDC una versión no confidencial de la información anterior (folios 2475 a 2477 y 2480 a 2526).
9. El 19 de enero de 2015, se acordó de oficio por la Viceconsejería la **incoación del expediente sancionador SA09/2014** Concesionarios NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICALIDAD, S.L, HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P, NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.
10. Con fecha 2 de febrero de 2015 se solicitó información a ANT SERVICALIDAD. Asimismo, en la misma fecha se realizó requerimiento de información a las empresas A6 IBERAUTO, AUTOMOCIÓN DIAZ, GAMBOA AUTOMOCIÓN, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR y SANTOGAL AUTOMÓVILES.
11. El 27 de marzo de 2015, fue formulado y notificado a las partes el correspondiente **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**.
12. El 16 de junio de 2015, tras haberse presentado las alegaciones de SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L, de NISSAN IBERIA, S.A, de A6 IBERAUTO, S.L y de NASUR, S.L, el 6 de mayo de 2015; de GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A y de HORWATH AUDITORES, S.L.P, el 7 de mayo de 2015; IBERICAR REICOMSA, S.A.U, de AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A y de A.N.T SERVICALIDAD. S.L, el 8 de mayo de 2015 y de M.CONDE, S.A el 12 de mayo de 2015 (folios 2963 a 3554), se procedió, de acuerdo con el artículo 33.1 in fine del Real Decreto 26112008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), a decretar el cierre de la fase de instrucción, con el fin de redactar la Propuesta de Resolución del expediente prevista en el artículo 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC.
13. La **Propuesta de Resolución** fue formulada con fecha 18 de junio de 2015, habiendo presentado todas partes incoadas alegaciones a la misma, en el caso de NASUR y A6 IBERAUTO de forma conjunta.
14. El 18 de septiembre de 2015, el SDC, en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, elevó su **Informe y Propuesta de Resolución** al Consejo de la CNMC.

15. El 12 de enero de 2016 el Consejo de la CNMC acordó requerir la información relativa al volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas así como, para aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, el volumen de negocios en la Comunidad de Madrid, correspondiente al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca NISSAN, de los ejercicios afectados por la infracción.
16. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 28 de julio de 2016.
17. Son interesadas en este expediente de recurso A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P, NISSAN IBERIA, S.A., SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A.

II. LAS PARTES

1. A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L. (ANT)

Empresa constituida en el año 2000, con sede social en Elche, Alicante, pertenece a partes iguales a dos personas físicas sin que esté relacionada vertical y horizontalmente con ninguna otra empresa o grupo de empresas. Su objeto social consiste, entre otros, en la prestación 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 servicios:

- 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 para concesionarios o grupos del mismo propietario que participa en el mercado con diferentes marcas: se analiza 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 para grupos de concesionarios: informes en los que se analiza la actuación completa 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.
- f. Recuperación de clientes de taller, mediante llamadas para ofrecer una promoción 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 “free lance” independientes para que las empresas mejoren los aspectos más débiles detectados en la atención al cliente.

2. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P (HORWATH)

HORWATH, sociedad de CROWE HORWATH SPAIN, y domicilio social en Madrid, tiene como objeto social la realización de auditorías de cuentas anuales, así como otros trabajos relacionados con la auditoría, la prestación de servicios de la consultoría contable y financiera y la prestación de todo tipo de servicios de asesoramiento empresarial, que incluye, entre otros, los de naturaleza fiscal, jurídica, financiera, contable y comercial, así como la promoción de actuaciones y gestiones, a nivel nacional e internacional, relacionadas con los mismos.

3. NISSAN IBERIA, S.A. (NISSAN)

Con domicilio social en Barcelona, pertenece en más de un 99% a la empresa NISSAN MOTOR IBÉRICA, S.A. Su objeto social comprende, entre otras: la comercialización, distribución, importación, exportación, arrendamiento, compra y venta, por cuenta propia o ajena, de todo tipo de vehículos de tracción mecánica, comerciales y de sus partes, piezas, componentes, recambios y accesorios; la reparación, mantenimiento, depósito y almacenaje de vehículos; asistencia técnica; reparación y mantenimiento de los vehículos comercializados.

4. A6 IBERAUTO, S.L. (A6 IBERAUTO)

Con domicilio social en Madrid, su objeto social es, entre otras actividades, la compra, distribución, reparación, arrendamiento y cesión de vehículos automóviles y de sus accesorios y repuestos.

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

5. AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A. (AUTOMOCIÓN DÍAZ)

Con domicilio social en Aranjuez, su objeto social entre otros es la reparación de vehículos automóviles, el comercio al por mayor y menor de toda clase de maquinaria, automóviles de turismo, vehículos para el transporte, maquinaria agrícola.

Desarrolla su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud de contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A.

6. GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A. (GAMBOA)

Con domicilio social en Madrid y cuyo objeto social consiste en la venta de vehículos de la marca Nissan.

Según la información aportada por la propia empresa, en su 86% pertenece a Motor Gamboa, S.A., del Grupo Gamboa. Su actividad se lleva a cabo en los concesionarios marca NISSAN en virtud del contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A.

7. IBERICAR REICOMSA, S.A. (REICOMSA)

Con domicilio social en Madrid. Su objeto social es la comercialización de vehículos de turismo, furgonetas, camiones, tractores y vehículos automotores en general, y sus recambios y accesorios.

Pertenece al 100% a IBERICAR CENTRO AUTO, S.L, que a su vez está controlada por IBERICAR SOCIEDAD IBÉRICA DEL AUTOMÓVIL, S.A. Lleva a cabo su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud de contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A.

8. M. CONDE, S.A. (M. CONDE)

Con domicilio social en Madrid y su objeto social es la comercialización, distribución, reparación de todo tipo de vehículos, recambios y accesorios y toda actividad conexas o complementaria de la anterior.

Según la información aportada por la propia empresa, M. CONDE controla las siguientes empresas: **A6 IBERAUTO, S.L.**; ANCRI, S.A.; AUTOMOTORES; MS CONDE, S.L.; CHUYVAL SEIDO, S.L.; COMAUTO PREMIUM, S.L.; COMAUTO SUR, S.L.; CONDE MOTOR, S.A.; CUATRO VIENTOS SERVICIOS DEL AUTOMÓVIL, S.L.; M CONDE PREMIUM, S.L.; **MACONDE INMOBILIARIA, S.L.**; MOTOR CUATRO VIENTOS, S.L.; MULTICHAPA DEL SUR, S.L.; **NASUR MOTOR, S.L.**; SAKURAUTO, S.A.; SERVICIOS COMPLETOS DE REPARACIONES, S.L. y SURMOCIÓN S.A.

9. NASUR MOTOR, S.L. (NASUR)

Con domicilio social en Madrid. Su objeto social es la compra, reparación, arrendamiento y cesión de vehículos automóviles.

Está participada al 100% por MACONDE INMOBILIARIA, S.L., a su vez controlada por M.CONDE. NASUR lleva a cabo su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud de contrato de concesión firmado con Nissan Iberia, S.A.

10. SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L. (SANTOGAL)

Con domicilio social en Madrid. Su objeto social es la importación, distribución y comercialización de toda clase de vehículos a motor, recambios, accesorios y otros equipamientos, así como la prestación de servicios post-venta y la prestación de servicios de arrendamiento sin conductor.

La totalidad de su capital social está en manos de la sucursal española de la sociedad portuguesa MOCAR, S.A., a su vez integrada en el GRUPO SANTOGAL, cuya matriz última es la sociedad portuguesa SANTOGAL S.P.G.S., S.A. La empresa se lleva a cabo su actividad en los concesionarios marca NISSAN en virtud del contrato de concesión firmado con NISSAN IBERIA, S.A.

SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L cuenta en la actualidad con el concesionario oficial de NISSAN en Guadalajara (tanto taller como ventas). Sin embargo, las actuaciones que son objeto del presente expediente tuvieron lugar en su anterior ubicación en el término municipal de Alcalá de Henares, Comunidad de Madrid.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

El sector del automóvil tiene gran relevancia económica en la UE y gracias al mercado único los consumidores pueden comprar vehículos de motor en otros Estados miembros y beneficiarse de las diferencias de precios entre ellos, teniendo en cuenta el alto valor del producto y los beneficios directos, en forma de precios más bajos, que revierten en los consumidores que compran vehículos de motor en otros lugares de la UE, ya sea a través de concesionarios independientes del fabricante de cada marca, que pueden ser concesionarios oficiales de una sola marca o multimarca, o bien a través de filiales del fabricante.

Dicho sector es considerado estratégico para la economía española, debido a su elevado peso en la industria, en el empleo, a su efecto arrastre en otros ámbitos y a su contribución a las exportaciones. De hecho, en 2009, el Consejo de Ministros aprobó el Plan Integral de Automoción, que se enmarca dentro del Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (Plan E), articulado en cinco bloques: medidas industriales y de impulso a la demanda, medidas laborales, medidas de impulso a la logística, medidas de fomento a la I+D+i y medidas de carácter financiero.

Por otro lado, con el Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE, PIVE 2, PIVE 3 y PIVE 4), con el objetivo de sustituir un total aproximado de 365.000 vehículos antiguos con las mismas unidades de vehículos nuevos, se ha venido potenciando una disminución del consumo energético nacional, incentivando la modernización del parque de vehículos con modelos de alta eficiencia energética, con menor consumo de combustibles y emisiones de CO₂, todo ello enmarcado en el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética.

Durante la instrucción de este expediente, si bien se aprobó el PLAN PIVE-6 con una dotación de 175 millones de euros, estaba vigente el PLAN PIVE-5, establecido por el *Real Decreto 35/2014, de 24 de enero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-5)»*. En este Real Decreto se mantuvieron la mayoría de los criterios que ya figuraban en las precedentes convocatorias del Programa, relacionados con el límite de precio del vehículo a adquirir, la inclusión de los modelos de menor consumo, así como de aquellos modelos con mayor capacidad de transporte de personas, si bien se reforzaron los requisitos de comunicación y publicidad del nuevo Plan que debían cumplir los concesionarios o puntos de venta adheridos. La financiación del PIVE se realiza con cargo a las aportaciones recibidas por el Instituto para Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), procedentes del presupuesto de la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por un importe total de 175 millones de euros.

1. Marco Normativo

El sector del automóvil ha gozado tradicionalmente de una atención especial por parte de las autoridades de competencia, 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, a nivel europeo cabe 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 motor, que se aplicaba 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, así como las Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor, emitidas por la Comisión Europea en 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; 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:

- 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 vehículo 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 concesionarios, éstos se rigen por los contratos de distribución de vehículos y de servicios concertados con los proveedores y fabricantes de las marcas oficiales y en tanto no se apruebe la nueva Ley de contratos de distribución comercial 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 previstas en 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 a su vez en suspenso, por virtud de la disposición final cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, en tanto se aprueba la citada ley de distribución comercial.

Así pues, a falta de regulación específica, se aplica la Ley de Contrato de Agencia pero con ciertas salvedades, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 15 de marzo de 2011, en la que ha señalado la existencia de diferencias entre los contratos de agencia y distribución, destacados por la doctrina y la jurisprudencia:

“(...) el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión (...).”

La principal nota característica para diferenciar el contrato de distribución del contrato de agencia es que el distribuidor asume el riesgo de la operación comercial.

Así pues, 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 conocida como “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 en su conjunto, se configuran conforme a las directrices del proveedor que concreta y especifica cada uno de los procesos de la concesión y, en particular, los siguientes, de acuerdo con lo indicado en el Informe de FACONAUTO sobre el sector de los concesionarios en España de 31 de diciembre de 2012:

- 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 de venta y servicio posventa.
- 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.
- 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.

2. Funcionamiento del Mercado

Por lo que se refiere 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, 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 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.

Como se detallará *infra* en el Fundamento Cuarto, el mercado afectado en este expediente sancionador es el de la distribución de determinados modelos de vehículos de la marca NISSAN, a particulares residentes en la Comunidad de Madrid.

Respecto del **mercado geográfico**, éste comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Así lo ha definido tanto el extinto Consejo de la CNC³ - 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)-, como reiterada jurisprudencia del TJUE⁴.

Por otro lado, como señaló el Consejo de la CNC y confirmó la Audiencia Nacional⁵, el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada

³ Resolución del Consejo de la CNC de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento.

⁴ Entre otras, 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.

⁵Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de alquiler, así como sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando los recursos interpuestos contra la citada Resolución de 12 de enero de 2012 dictada en el Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados.

haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

Tal como anticipó el Consejo de la CNMC en su resolución de archivo de 22 de mayo de 2014 (Expte. S/0485/13 CONCESIONARIOS NISSAN), de la información que obra en el expediente, no se deduce que las conductas objeto del mismo afecten a un ámbito superior al de la Comunidad de Madrid al haberse delimitado las conductas al ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma, quedando por tanto limitados sus efectos al territorio de la misma.

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

Respecto de la **oferta**, según la información aportada por NISSAN en respuesta del oportuno requerimiento⁶, existen cinco concesionarios NISSAN en la Comunidad de Madrid, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR, GAMBOA, A6 IBERAUTO, AUTOMOCIÓN DÍAZ, todos ellos independientes de la marca. A ello hay que añadir el caso de SANTOGAL, en el período temporal relevante a los efectos de este expediente. Las relaciones entre NISSAN y estos concesionarios son las previstas en el contrato de concesión de vehículos NISSAN⁷.

En lo que se refiere a la **demanda**, según nota de prensa publicada por FACONAUTO en enero de 2016⁸, 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

⁶ Folios 2410 a 2414.

⁷ Folios 2483 a 2526.

⁸ <http://www.faconauto.com/detalle-notas-de-prensa?id=3980>

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 NISSAN en el período comprendido entre enero a julio de 2014 se situó en 22.772, mientras que en ese mismo período en 2015 el número de matriculaciones ascendió a 34.321⁹.

IV. HECHOS PROBADOS

Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información obtenida por la entonces Dirección de Investigación (DI) de la actualmente extinguida Comisión Nacional de Competencia (CNC) en la inspección realizada los días 4 y 5 de junio de 2013 en las sedes de la empresa consultora ANT y en la empresa M. CONDE, así como en la contestación a los requerimientos de información a las empresas incoadas, 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 NISSAN.

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, al menos desde 2009 hasta 2013, los concesionarios independientes de la marca Nissan mencionados, todos ellos con sede social en la Comunidad de Madrid, habrían acordado en diferentes reuniones, con la participación de NISSAN y la de ANT y HORWATH descuentos aplicables a la ciertos nuevos modelos de automóviles (se excluían ciertos modelos y vehículos usados).

NISSAN IBERIA, S.A. habría participado directamente en dichos acuerdos con la asistencia de cargos de responsabilidad de la empresa a las reuniones entre los concesionarios en las que se pactaron los acuerdos referidos.

Por otra parte, la monitorización de los mencionados acuerdos habría sido llevada a cabo por ANT SERVICIALIDAD, S.L. (ANT) y HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P (HORWATH). Efectivamente, una de las particularidades de las conductas objeto de este expediente, que además es coincidente con otros expedientes ya resueltos por esta Sala¹⁰, ha sido la intervención de empresas externas contratada por los propios concesionarios, cuyo cometido era llevar a

⁹ Nota de prensa publicada en http://www.anfac.com/noticias.action?idDoc=12226&accion=noticias_anfac.

¹⁰ 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/SEAT/VW, S/0505/14 Concesionarios Chevrolet.

cabo el control del cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas participantes en el cártel.

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

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

Así pues, los evaluadores de ANT visitaban los concesionarios de la marca NISSAN incoados en el presente expediente con el objetivo de obtener la mejor oferta posible y comprobar si los concesionarios de la marca participantes en este cártel respetaban o no los acuerdos previamente adoptados por éstos. A partir de esas visitas, elaboraban un informe para cada concesionario, explicando cómo se habían desarrollado las visitas, si se había respetado el precio máximo fijado o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo adoptado por estos concesionarios. Además, junto con el informe que presentaba ANT a cada uno de los concesionarios, se facilitaba a todos ellos una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación en la caso de que procediera) ofrecida por cada concesionario. Dichos informes eran remitidos a través de correo electrónico mensualmente a los concesionarios, indicando qué visitas se habían realizado y cuántas “incidencias” (modo en que se designaban eufemísticamente los incumplimientos o desviaciones en los acuerdos) se habían encontrado.

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.

Para realizar el seguimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes en este cártel, a ANT y HORWATH se le proporcionaba con antelación el precio de venta y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos.

Respecto de las evidencias recabadas, constan anotaciones de ANT de 21 de diciembre de 2009, relativas a una reunión en las que se recoge con detalle lo pactado, esto es, la persona de contacto para proporcionar la información necesaria, que se identifica como un directivo de NISSAN, la fecha de comienzo - 2 de enero de 2010-, el margen de error, el ámbito territorial al que se aplica el

acuerdo (*"como siempre Madrid"*), si hay sanciones, cómo proceder en caso de incumplimiento de los acuerdo y su repercusión en la asistencia a las reuniones del cártel (*"ir cuando haya pillados"*), condiciones comerciales (descuentos, financiación, garantía)¹¹.

Asimismo, mediante correo electrónico NISSAN transmitía a ANT y HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica, como se acredita en el siguiente email de 22 de diciembre de 2009 recabado en la inspección de ANT:

"(...) Según lo acordado en nuestra reunión de ayer, en la tabla adjunta encontraréis los datos de contacto de los concesionarios que participan en el estudio...

REICOMSA (...)

IBERAUTO (...)

NASUR MOTOR (...)

GAMBOA AUTOMOCION (...)

SANTOGAL (...)

En sucesivos e-mails os iré enviando tarifas, tablas de promociones y descuentos y direcciones de sus instalaciones (...)".¹²

Asimismo, constan anotaciones manuscritas de Directivo de ANT, encabezadas por la palabra subrayada NISSAN, en las que se refiere a la necesidad de preguntar a su contacto de NISSAN distinta información relativa a precios y condiciones comerciales para posibilitar su actuación de comprobación posterior del seguimiento de lo acordado¹³.

ANT enviaba a los concesionarios partícipes en el cártel unos evaluadores como si fuesen potenciales clientes, al objeto de contrastar si se cumplían las condiciones económicas y de servicio pactadas. Fruto de las visitas que realizaban estos "clientes indiscretos" (Mystery Shopper) los informes eran remitidos a través de correo electrónico con periodicidad mensual a los concesionarios implicados, indicando qué visitas se habían realizado y cuántas "incidencias" se habían encontrado (incumplimientos o desviaciones en los acuerdos).

Los estudios de mercado elaborados por ANT, incluían anotaciones relativas a la negociación de precios y a la oferta económica finalmente conseguida, sirviendo

¹¹ Anotaciones manuscritas de ANT sobre la reunión de 21 de diciembre de 2009, recabadas en la inspección de ANT.

¹² Correo electrónico de Directivo responsable de ventas en la zona centro de NISSAN, remitido conjuntamente a ANT y HORWATH de 22 de diciembre de 2009 con asunto "Estudio de mercado de Madrid", recabado en formato papel en la inspección efectuada en ANT (folios 234-235).

¹³ Folios 215-216.

de instrumento para controlar el efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por empresas partícipes en el cártel. Las sanciones que en ocasiones se imponían a los concesionarios por desviarse de los términos del acuerdo eran empleadas asimismo para pagar los servicios de ANT¹⁴.

Constan en el expediente diversas facturas acreditativas del pago de servicios mensuales de REICOMSA a ANT en concepto de “un estudio de mercado”, con cantidades parcialmente variables¹⁵.

La operativa del cártel queda reflejada en detalle en un documento, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196):

“(...) Una de las aplicaciones de nuestro método consiste en la realización de estudios de precios de un determinado sector. El principal sector al que van dedicados estos estudios es el de la automoción. [...]. Para ello utilizamos un procedimiento que consiste en dos visitas al concesionario por estudio de precios:

Visita 1.- El evaluador muestra interés sobre un determinado vehículo, pidiendo información general sobre el coche. Como resultado de este estudio se obtiene un informe sobre la atención ofrecida por el comercial y una oferta por ese modelo. Informe confidencial para cada concesionario.

Visita 2.- El mismo evaluador vuelve al concesionario, le dice al comercial que le atendió en la primera ocasión que tiene mejor oferta de otro concesionario y que se llevaría el coche en caso de que se lo dejen más económico.

En esta segunda ocasión nos centramos principalmente en conseguir la mejor oferta.

*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: [...]

*4.- Transparencia.- Los datos de calidad referidos a cada concesionario solo los conocerá cada concesionario. **Sin embargo, la información que se***

¹⁴ Correo electrónico remitido por ANT a todos los partícipes en los acuerdos con fecha 15 de marzo de 2010 (folio 225).

¹⁵ Facturas de ANT a REICOMSA de 2010 a 2013 recabadas en formato papel en la inspección en ANT, folios 400 a 431.

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".

5.- 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 (...)". [énfasis añadidos]

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

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

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

[...]

PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN

•EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

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

ESTUDIO QUE PROPONEMOS

NUESTROS EVALUADORES Ó “COMPRADORES INDISCRETOS” VISITARÁN SUS CONCESIONES CON EL OBJETIVO DE OBTENER LA MEJOR OFERTA POSIBLE DE UN DETERMINADO MODELO **COMPROBAREMOS SI TODAS LAS CONCESIONES RESPETAN O NO LA POLÍTICA COMERCIAL ESTABLECIDA**

METODOLOGÍA

VISITA PRIMERA

NUESTRO EVALUADOR VISITA LA CONCESIÓN Y MUESTRA INTERÉS POR UN MODELO DETERMINADO. TRAS RECIBIR UNA ATENCIÓN COMPLETA POR PARTE DEL COMERCIAL RECIBE UNA PRIMERA OFERTA DE DICHO VEHÍCULO.

VISITA SEGUNDA

EL EVALUADOR VUELVE A LOS POCOS DÍAS Y LE DICE AL VENDEDOR QUE HA ESTADO EN OTRA CONCESIÓN Y LE HAN DADO MEJOR OFERTA. QUE COMPRARÁ EL COCHE A ÉL SI LE DEJA EL VEHÍCULO A “TAL” PRECIO

ES FUNDAMENTAL QUE NUESTRO EVALUADOR SE COMPORTE EXACTAMENTE IGUAL QUE UN CLIENTE NORMAL CUANDO DECIDE IR A COMPRAR UN COCHE

PASADO UN TIEMPO, IREMOS CAMBIANDO DE METODOLOGÍA, PERO SIEMPRE REPRESENTANDO EL PAPEL DE UN CLIENTE NORMAL.

BENEFICIOS ADICIONALES DE ESTE ESTUDIO:

CADA CONCESIÓN RECIBIRÁ UN ESTUDIO CONFIDENCIAL DE LA ATENCIÓN AL CLIENTE OFRECIDA POR SU VENDEDOR.

CON EL ADECUADO TRATAMIENTO DE DICHO INFORME MEJORARÁN EN ASPECTOS CLAVE DE LA ATENCIÓN AL CLIENTE Y A MEDIO PLAZO INCREMENTARÁN VENTAS.

DOCUMENTACIÓN QUE RECIBIRÁN:

- *INFORME CONFIDENCIAL PARA CADA CONCESIÓN*
- *PRESUPUESTOS CONSEGUIDOS DE CADA CONCESIÓN*

ASPECTOS A TENER EN CUENTA:

TASACIONES – EN OCASIONES LLEVAREMOS COCHE A TASAR Y REFLEJAREMOS EN CADA CASO EL MODELO DE COCHE Y ANTIGÜEDAD Y POR SUPUESTO LA VALORACIÓN DEL MISMO.

PRESUPUESTOS.- LES FACILITAREMOS LOS PRESUPUESTOS CONSEGUIDOS Y/O CUALQUIER DOCUMENTACIÓN ESCRITA CONSEGUIDA COMO PRESUPUESTOS EN PAPELES EN BLANCO O INCLUSO EN EL ADVERSO DE LAS TARJETAS DE VISITA.

OFERTAS CONSEGUIDAS - CADA OFERTA CONSEGUIDA SE COMPONDRÁ DE PRECIO DEL VEHÍCULO + TASACIÓN DEL COCHE USADO (SI LO HUBIERE) + REGALOS CONSEGUIDOS.

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

COMPROMISO DE...

TRANSPARENCIA - PRESENTAREMOS A CADA CONCESIÓN UNA TABLA RESUMEN CON LA OFERTA COMPLETA (PRECIO, REGALOS Y TASACIÓN SI PROCEDE) OFRECIDA POR CADA CONCESIONARIO.

PRIVACIDAD - LOS DATOS DE CALIDAD REFERIDOS A CADA CONCESIONARIO SOLO LOS CONOCERÁ CADA CONCESIONARIO.

CONFIDENCIALIDAD - 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.

(...) OPERATIVA

- ***ESTABLECER MARGEN PERMITIDO (SI LO HAY)***
- *ESTABLECER NÚMERO DE EVALUACIONES POR CONCESIÓN*
- *PERSONA DE CONTACTO*
- *TARIFAS, CAMPAÑAS, DESCUENTOS DE CADA MES*
- *REUNIONES PERIÓDICAS”. [énfasis añadidos]*

Así pues, a partir de las visitas de los evaluadores de ANT se realizaba un informe mensual que se remitía a los concesionarios incoados en el 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 que por ello, se les denominaba “estudios de mercado”, haciendo hincapié en el desconocimiento de los evaluadores sobre el verdadero objetivo de dichos informes, que no era 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 las presentaciones de ANT.

Estos informes mensuales de mercado, así como el resumen mensual eran enviados con carácter previo por ANT a NISSAN.¹⁶

Respecto de la acreditación de la participación de HORWATH en la conducta, así como el papel de esta empresa en el cártel, consta correo electrónico remitido por HORWATH a ANT el 19 de enero de 2010, remitiendo el protocolo que utilizarían

¹⁶ Así se pone de manifiesto en las anotaciones manuscritas de directivo de ANT recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT, folio 216.

en las auditorías, de acuerdo con lo hablado en la reunión con NISSAN¹⁷. La fecha del protocolo es de 2 de enero de 2010, fecha que coincide con la recogida por ANT en sus anotaciones, mencionadas *supra*, relativas a la reunión de 21 de diciembre de 2009, como de inicio de las actuaciones objeto de investigación en el presente expediente (folios 241 a 243).

En el protocolo se establecían asimismo los mecanismos de intercambio de información a través de “reunión de concesiones”, indicando la existencia de excepciones que podían realizarse fuera del acuerdo y las incidencias para presentarlas en las reuniones de “Junta de Gerentes” que se realizaban mensualmente¹⁸:

“1. PERIODOS DE REVISION Y OPERATIVA DEL PROCEDIMIENTO. Las revisiones de los expedientes correspondientes a las ventas del mes a auditar, podrán comenzar a partir del día 8 de cada mes siguiente o en su defecto a partir del siguiente día hábil. El orden de revisión vendrá establecido según la disposición determinada por el equipo auditor, previa confirmación con el responsable de cada concesión. (Estas citas se concertarán durante la reunión de concesiones).

*Las revisiones, tendrán una cadencia **mensual**. Se revisaran los expedientes de periodos coincidentes con meses naturales completos (del día 1 al último día del mes).*

Partiendo del listado de comunicación de bajas de bastidores del período a analizar (NIVOS) facilitado por la concesión, realizaremos una conciliación entre éste y los expedientes de venta de los vehículos. Para ello necesitaremos que muestren al equipo auditor el 100% de los expedientes de venta de los vehículos del mes a revisar (auditables y no auditables).

*Una vez realizado el trabajo de revisión, el auditor expondrá los resultados al gerente o al responsable de la concesión, pudiendo éste rebatirlo, siempre que argumente las razones oportunas para subsanar las **incidencias** reflejadas.*

*Una vez concluida la verificación de las incidencias, éstas, serán incluidas en el informe que se presentará **durante el mes ante la Junta de Gerentes**.*

La concesión tendrá una semana de plazo a partir de la fecha de revisión para presentar al equipo auditor, por el medio concretado con ellos, la

¹⁷ Correo recabado en la inspección de la sede de ANT, folio 1073.

¹⁸ Correo electrónico de HORWATH a ANT de fecha 19 de enero de 2010 con asunto "Protocolo NISSAN 02-01-10" recabado en formato electrónico y su adjunto y "Protocolo de Revisión " de fecha 2 de enero 2010 recabado en soporte papel en la inspección efectuada en ANT (folios 1073 a 1078).

documentación que pueda quedar pendiente de aportar junto a los expedientes durante la revisión. Si transcurrido ese plazo, no ha sido facilitada para su correspondiente revisión, el expediente afectado se contemplará como un **expediente fuera de acuerdo**.

El equipo auditor única y exclusivamente realiza los trabajos de revisión en los términos aquí expuestos, comunicando a la Junta de Gerentes, periódicamente, las incidencias detectadas durante las revisiones. **La Junta se reunirá, mensualmente**, en la fecha arriba indicada, para analizar éstos resultados y **para revisar las condiciones comerciales del mes siguiente**, por lo que, si alguna de las concesiones quiere proponer algún cambio en las **condiciones pactadas**, rogamos acudan a comentarlo en esta fecha antes de adoptar acciones individuales.

De igual forma les recordamos la importancia de colaborar en la medida de lo posible con el equipo auditor, ya que esto implica mayor agilidad a la hora de concluir los trabajos de revisión y por consiguiente una menor repercusión en el coste para la concesión. [...]

3. CONDICIONES COMERCIALES

3.1. VENTAS DE V. N. SUJETAS

Los modelos abajo indexados quedan sujetos a revisión, pudiéndose aplicar el descuento **máximo** marcado en la tabla anexa para cada uno de ellos

| MODELO | DTO.MAX. VTAS. A PARTICULARES | DTO.MAX. VTAS.POR CANALES |
|-----------|----------------------------------|------------------------------|
| PIXO | | TABLAS |
| QASHQAI | 3,5% | TABLAS |
| QASHQAI+2 | 3,5% | TABLAS |
| NV200 | | TABLAS |

[...] 3.3. MATRICULACION

Se cobrarán en concepto de gastos de matriculación y pre-entrega las siguientes cantidades:

| MODELO | MATRICULACIÓN Y PREENTREGA | | |
|----------|----------------------------|-------------------------|---------|
| | Si matricula concesión | Si matricula cliente | Renting |
| PIXO | 470,00 € | 300,00 € | 0,00 € |
| QASHQUAI | 470,00 € | 300,00 € | 0,00 € |
| NV200 | 470,00 € | 300,00 € | 0,00 € |

En ventas a particulares, se considera razonable que las matriculaciones por parte del cliente sean como máximo un 5% de los expedientes sujetos, o en su defecto un mínimo de un expediente. En caso de matricular un agente o intermediario se deberá aportar la factura correspondiente a sus honorarios. [...]

3.6. ACCESORIOS Y OPCIONALES

*Los accesorios se cobrarán según las tarifas oficiales vigentes de NISSAN. **El precio de la mano de obra será de 60€/hora.** [...]*

3.7. FINANCIACION

***El tipo mínimo de interés de financiación se establece en el 7,95% (TIN). Los gastos de apertura se establecen en un mínimo del 2,5 %.** [...]*

3.8 OBSEQUIOS

***El equipo auditor podrá controlar por medios propios o ajenos los posibles descuentos encubiertos, como puedan ser obsequios, accesorios gratuitos, carburante u otra clase de incentivos susceptibles de sanción.** [...]*

3.11. AMBITO TERRITORIAL DE LAS ACCIONES COMERCIALES

***Las ventas producidas en cualquier concesionario adscrito a este acuerdo, deberán de producirse en igualdad de condiciones pactadas dentro de este marco [...]** No se igualará ninguna oferta presupuestada por otra concesión, que se establezca al margen de las condiciones aquí pactadas, so pena de incurrir en el incumplimiento del acuerdo y su consiguiente anotación como expediente sancionable.” [énfasis añadidos]*

Consta en el expediente correo electrónico remitido por HORWATH a NISSAN el 9 de febrero de 2010, en el que le facilita un segundo protocolo modificado conforme a reunión del día anterior (folio 1080):

*“[...] te adjunto protocolo modificado con los acuerdos tomados en la reunión de ayer. Te pido por favor si puedes echarles un vistazo para confirmar que están reflejados correctamente en **los términos del acuerdo**. Espero tu confirmación para hacérselo llegar los responsables de **cada concesión adscrita**.*

Por otra parte te comento el calendario dispuesto para las revisiones de los expedientes de Enero de 2010: [...] SANTOGAL (Pendiente de confirmar) [...] NASUR MOTOR [...] IBERAUTO [...] GAMBOA AUTOMOCIÓN [...] REICOMSA [...] AUTOMOCIÓN DÍAZ (Pendiente de confirmar)”.

Tales referencias coinciden con las anotaciones manuscritas de fecha 8 de febrero de 2010 recabadas en formato papel en la sede de ANT, donde figuran listados los diferentes concesionarios implicados y se especifican una serie de particularidades a tener en cuenta (folios 217 a 220):

*“SANTOGAL [...] tenía lo del cheque [...];
 FDO BERNABÉ [NISSAN] Pasarles las ofertas de todos ellos;
 GAMBOA Ese coche ya lleva las lunas tintadas [...];
 AUT. DIAZ (Aranjuez) Si está interesado [...];
 REIMCOSA;
 IBERAUTO;
 NASUR MOTOR;
 GAMBOA;
 SANTOGAL;
 DIAZ. [...]
 A cada uno lo suyo pero con el % de la marca [...]”*

El protocolo modificado a resultas de la reunión de 8 de febrero de 2010 incorporaba como novedad un apartado denominado «COLECTIVOS» y un baremo de sanciones expresas por incumplimientos de lo acordado en relación con las condiciones comerciales a aplicar (folios 1092-1095):

“[...] 3.4. COLECTIVOS. Las ventas a colectivos se harán en igualdad de condiciones que el resto [...]

3.12. SANCIONES. Las sanciones establecidas para los expedientes que sobrepasen el cupo de excepciones autorizadas para cada mes serán:

| Nº EXPEDIENTES SANCIONABLES | SANCIÓN |
|--|---------|
| 1ºExpediente sancionable durante el mes revisado | 1.000 € |
| 2ºExpediente sancionable durante el mes revisado | 1 500 € |
| 3ºExpediente sancionable durante el mes revisado | 2.000 € |

| | |
|---|----------------|
| | |
| <i>4ºExpediente sancionable durante el mes revisado</i> | <i>2.500 €</i> |

Así sucesivamente se irá incrementando 500€ sobre el importe de la anterior sanción.»

NISSAN proporcionaba a ambas consultoras, ANT y HORWATH, la información precisa para que pudieran desarrollar su actividad de control de cumplimiento efectivo de los acuerdos, indicando los objetivos trimestrales de los concesionarios partícipes, las ventas del mes correspondiente de estos, el peso relativo de cada concesionario basado en sus respectivos objetivos anuales, con una estimación del importe a facturar a cada uno (folios 1079 y 1083):

| | | CLIENTE INDISCRETO | | HOWARTH | |
|----------------------------|---------------|---------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| REICOMSA, S.A. | 36,2% | 652,00 € | 815,00 € | 696,00 € | 870,00 € |
| IBERAUTO, S.A. | 14,2% | 255,00 € | 319,00 € | 272,00 € | 340,00 € |
| AUTOMOCION DIAZ | 3,5% | 64,00 € | 80,00 € | 68,00 € | 85,00 € |
| NASUR MOTOR, S.L. | 9,1% | 164,00 € | 205,00 € | 175,00 € | 218,00 € |
| GAMBOA AUTOMOCION, S.A. | 20,1% | 361,00 € | 452,00 € | 385,00 € | 482,00 € |
| SANTOGAL | 16,9% | 304,00 € | 380,00 € | 324,00 € | 405,00 € |
| | 100,0% | 1.800,00 € | 2.250,00 € | 1.920,00 € | 2.400,00 € |
| | | 12 Mystery | 15 Mystery | Si 6*320 | Si 6*400 |

A su vez, la información recabada por las consultoras era remitida a NISSAN antes que a los concesionarios partícipes en el cártel, especialmente las “incidencias” identificadas, para lo cual era requisito previo que la consultora conociera las condiciones que se aplicaban. Así se pone de manifiesto en las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección realizada en la sede de ANT (folio 216):

“MANDAR SIEMPRE TODO EL TRABAJO A [Directivo de NISSAN] ANTES QUE A LOS DEMÁS, O A LA VEZ.

- ARANJUEZ DEFINITIVAMENTE SI ENTRA [...]

- SE ATUORIZAN 3 VISITAS MÁS PARA INCIDENCIAS. CADA INCIDENCIA SE LE COMUNICA A [Directivo de NISSAN] ANTES DE REPETIR.

- O SE APLICA EL DTO PACTADO O SE APLICA LA CAMPAÑA, PERO NO AMBAS COSAS [...]”.

Consta asimismo que los informes eran remitidos con carácter previo a las reuniones presenciales entre las empresas partícipes. Así, en correo electrónico remitido por NISSAN a ANT de 11 de marzo de 2010, recabado en la inspección de la sede de ésta, se señala (folio 1096): “[...] *adjunto extracción de las campañas de vuestro interés. Estoy de acuerdo en el envío de los informes previo a la reunión*”.

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

En la instrucción del expediente ha quedado asimismo acreditado cómo la remuneración de ANT variaba en función de los “incidentes”, o incumplimientos puntuales de lo acordado, efectivamente detectados. Así, GAMBOA remitió a ANT con fecha 15 de marzo de 2010, el siguiente correo electrónico¹⁹: Énfasis añadido):

«[...] Después de la reunión de esta tarde, he hecho averiguaciones con respecto a la incidencia de la 2ª visita [...] Te ruego que revises la documentación, ya que el informe dice literalmente "Me ofrece el Aire Acondicionado y un detector de radares"..., y continúa "Me escribe su nueva oferta a mano en el mismo presupuesto de la otra vez". Esta es la parte que el Mystery Shopper dice que nuestro comercial le escribe a mano [...] Fíjate por favor con detalle en la caligrafía; no es la misma la que corresponde a la financiación (Texto 1) que la que corresponde a los supuestos regalos (Texto 2).

*[...] Podríamos seguir buscando diferencias, pero creo que con estas muestras se puede concluir que los dos textos no corresponden al mismo autor. Ahora te corresponde a ti juzgar si la información que recibes de este Mystery Shopper resulta veraz, o por el contrario no se corresponde con la realidad. **Aunque en nuestra reunión se acordó no poner en tela de juicio los informes del Cliente Indiscreto**, en mi opinión resulta evidente que en este caso han existido irregularidades de gran importancia.*

Por cierto, la pista me la dio el hecho de que nuestro comercial regalase un "buscador de radares", ya que se trata de una persona de 62 años, que no

¹⁹ Correo remitido por GAMBOA a ANT, con el asunto «RV: Informes y Presupuesto febrero 2010», obtenido en soporte papel en la inspección a ANT (folios 222-223).

ha visto uno en su vida, ni sabría utilizarlo, ni instalarlo, ni el coste que pudiera tener (nosotros no los vendemos).

*Sólo me queda **pedirte una aclaración** a este entuerto lo antes posible, **porque no puedo aceptar** el informe como válido. Además de las posibles **consecuencias** que puede acarrear el mismo, tanto para el vendedor como **para Gamboa Automoción.**» [Énfasis añadidos]*

Como resultado de este correo electrónico ANT envió a todos los partícipes en los acuerdos la siguiente notificación con fecha 15 de marzo de 2010 (folio 225):

*“[...] les envío nuevamente la tabla de resultados del mes de febrero, ya que se ha modificado el resultado de la visita a Gamboa Automoción para el modelo NV200. Esta visita reflejaba una incidencia en la que se regalaba el Aire Acondicionado, pero [...] hemos procedido a revisar lo ocurrido y finalmente todo se debió a un error por parte de nuestro evaluador, **por lo que no se considera finalmente [...] como incidencia [...] No se va a cobrar [...] Espero disculpen este error y comprendan que no es algo habitual en nuestro trabajo [...].**” [Énfasis añadidos]*

Adjunta a un correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2010 dirigido conjuntamente a AUTOMOCION DIAZ, GAMBOA, A6 IBERAUTO, NASUR, REICOMSA, NISSAN MADRID y SANTOGAL, ANT envía la tabla definitiva de resumen de las llamadas “incidencias” y en él de nuevo figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados (folios 1119 a 1121):

*«Estimados Sres.: Según lo hablado en su reunión de ayer [Directivo de ANT], les envío en este correo la tabla de resultados definitiva correspondiente al mes de febrero. **La evaluación que se anula no se ha cobrado [...]**».* [Énfasis añadido]

El carácter mensual y habitual de las reuniones entre los partícipes del cártel se pone de manifiesto, por ejemplo, en el correo electrónico remitido por HORWATH a ANT, el 9 de abril de 2010, donde se concreta la fecha de la próxima reunión²⁰:

*“[...] esta mañana me llamó [Directivo], de NISSAN, y me comentó que **la reunión de este mes** la habían convocado para este próximo lunes día 12 a las 18:30, **donde siempre [...]**” [Énfasis añadidos]*

Consta asimismo en el expediente un correo de HORWATH, de 6 de junio de 2011, convocando -con destinatarios en copia oculta- una reunión e instando a

²⁰ Correo electrónico recabado en la sede de ANT, folio 1117.

que se compartan los listados de accesorios, para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión²¹:

*“[...] una vez terminados los trabajos de revisión correspondientes al mes de Abril 2011, os emplazo para vernos el próximo jueves día 9 de Junio de 2011 [...] en nuestras oficinas [...] con el fin de analizar los resultados obtenidos en las mismas. Según se acordó **en la última reunión**, os pediría que **cada uno de vosotros trajerais a la reunión vuestros respectivos listados de accesorios con el fin de crear con ellos un listado compartido anexo al protocolo de revisión [...]**”*

Constan asimismo en el expediente diversos correos dirigidos por ANT a NISSAN a lo largo de 2012, adjuntando informes de los concesionarios NASUR, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA y A6 IBERAUTO, informes realizados por un evaluador-Mystery Shopper en los meses inmediatamente anteriores a los correos electrónicos de remisión²². En los informes adjuntos al correo se mencionan tanto la fijación de precios como las sanciones por incumplir el acuerdo, que ascendían a 1000 euros en el caso de que se tratara de la primera “incidencia” y se incrementaban sucesivamente en 500 euros más para el supuesto de sucesivos incumplimientos²³.

A título de ejemplo, cabe reseñar el Informe «Mystery Shopper» relativo a SANTOGAL de fecha 19 de enero de 2012 (folio 1152):

*“[...] Me dice que por política de empresa **los presupuesto facilitados deben ser iguales en todos los concesionarios para no entrar en competencias de regateos**, me dice que no puede hacer más [...]. **Se sorprende mucho de que tenga una mejor oferta**, lo primero que argumenta es que en otros concesionarios puede que me ofrezcan un vehículo de stock, sin ser el modelo actual. Recalca que la política de empresa no le permite entrar en regateos, también **me indica que no puede hacerlo porque este tipo de gestiones de bajadas de precio pueden implicarle problemas de auditoría con sanciones a comerciales, entre otros, por eso no batallan en precios [...]**” [Énfasis añadido]*

También han quedado acreditadas comunicaciones entre NISSAN y ANT en febrero y mayo de 2012, a través de correos electrónicos en los que NISSAN informa a ANT de las condiciones comerciales para determinados modelos²⁴:

²¹ Correo electrónico de HORWATH, de 6 de junio de 2011, recabado en la inspección de ANT, folio 1122

²² Folios 1124, 1143, 1147, 1152, 1164, 1196, 1246

²³ Folios 1092 a 1095.

²⁴ Correo electrónico de fecha 6 de febrero de 2012 con asunto "Campañas Ene-Feb" y Correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2012 con asunto "Campaña versión acenta" de Nissan a ANT recabados en formato papel en la inspección efectuada en ANT

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

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

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

« [...] Incluyendo la nueva campaña de 550€ PFF para las versiones acenta, las nuevas ofertas que podréis realizar a vuestros clientes serán las siguientes:

| | <i>PVP de Lista</i> | <i>Plan Renueva / Oferta de Financiación</i> | <i>Campaña Adicional Acenta</i> | <i>PVP Promocional</i> |
|-------------------|---------------------|--|---------------------------------|------------------------|
| <i>ACENTA</i> | <i>20.250</i> | <i>2.500</i> | <i>675</i> | <i>17.075</i> |
| <i>TEKNASPORT</i> | <i>22.300</i> | <i>2.500</i> | | <i>19.800</i> |
| <i>ACENTA</i> | <i>21.300</i> | <i>2.500</i> | <i>675</i> | <i>18.125</i> |
| <i>TEKNASPORT</i> | <i>23.350</i> | <i>2.500</i> | | <i>20.850</i> |
| <i>ACENTA</i> | <i>23.050</i> | <i>2.500</i> | <i>650</i> | <i>19.900</i> |
| <i>TEKNASPORT</i> | <i>25.100</i> | <i>2.500</i> | | <i>22.600</i> |

La labor de ANT como posibilitadora del intercambio de información comercial sensible de las distintas empresas partícipes se pone de manifiesto asimismo en correo electrónico de 11 de junio de 2012 en el que esta consultora remite en adjunto a GAMBOA información relativa a otros concesionarios partícipes en el cártel, REICOMSA, IBERAUTO, NASUR, SANTOGAL y la propia GAMBOA, respecto de unos modelos concretos de vehículos NISSAN, con detalle de precios y ofertas²⁵.

La conducta infractora continúa durante el año 2013, como evidencian correos electrónicos de ANT a GAMBOA de fechas 18 y 25 de febrero de 2013, adjuntando información relativa a los concesionarios partícipes respecto a unos

²⁵ Correo electrónico de ANT a GAMBOA de fecha 11 de junio de 2012 con varios adjuntos recabado en soporte electrónico en la inspección efectuada en ANT, folios 1196 y sigs.

modelos concretos de la marca NISSAN con detalle de precios, ofertas, etc., así como evidencias del acuerdo de fijación de precios²⁶:

*“GAMBOA: [...] Me dice que **es imposible que me hayan ofrecido una oferta mejor**, al pedirme el presupuesto y no entregárselo, comenta la posibilidad de que no hayan ofertado exactamente el mismo coche y me recomienda que me fije muy bien en la referencia del vehículo porque está mal. Insiste en que es imposible que sea el mismo modelo, **ya que la política comercial de la marca es muy estricta y todos se basan en las mismas condiciones. Al insistirle para que me iguale la oferta o la disminuya para poder comprárselo a él**, se muestra firme en su decisión sin poder modificar la oferta ofrecida y **me insiste en que no puede hacer nada con respecto al precio [...]**»*

Igualmente, consta en el expediente diversos correos electrónicos remitidos por ANT a NISSAN en febrero, abril y mayo de 2013²⁷, con informes adjuntos de A6 IBERAUTO, NASUR, GAMBOA, REICOMSA y SANTOGAL, con tablas comparativas de modelos, precio de mercado, ofertas, importe a financiar, número de cuotas, ausencia de regalos y gastos incluidos, que evidencian de nuevo el acuerdo de fijación de precios y el seguimiento respetuoso de los precios acordados (folio 1323), con referencias en el texto del correo de remisión tales como:

*“(...) te adjunto a esta E-Mail los informes realizados en Febrero 2013, **como siempre se envían en varios correos por el peso ...(...)**” [énfasis añadido]*

El contenido de los informes de evaluación realizados por el *Mystery Shopper* a los concesionarios resulta muy ilustrativo de la conducta investigada. Así, a título de ejemplo, se reseñan algunas de las observaciones incluidas en las evaluaciones por los visitantes de los concesionarios [énfasis añadidos]:

Informe «*Mystery Shopper*» relativo a NASUR de 12 de enero de 2012 (folio 1143):

*“LA VENDEDORA ASEGURA QUE **EL PRECIO DEBE SER EL MISMO EN CUALQUIER CONCESIONARIO**, PORQUE SON LOS PRECIOS OFICIALES MARCADOS POR NISSAN, CON SUS DESCUENTOS (...)*

*LA NEGOCIACIÓN ES BREVE PORQUE LA COMERCIAL ME ANUNCIA, DESDE QUE LE DIGO QUE HE ESTADO EN OTRO CONCESIONARIO, QUE **NO PUEDE HACERME OFERTA MEJOR**, PORQUE LOS PRECIOS*

²⁶ Correo electrónico de ANT a GAMBOA de fecha 18 de febrero de 2013 con varios adjuntos recabado en soporte electrónico en la inspección efectuada en ANT, folios 1271, 1276 y 1283 y sigs.

²⁷ Folios 1301, 1325, 1343, 1412 y 1430, a modo de ejemplo.

SON OFICIALES DE NISSAN Y YA INCLUYEN LOS DESCUENTOS QUE LA MARCA HACE EN ESTE MES DE ENERO (...).”

Informe «Mystery Shopper» relativo a SANTOGAL de 19 de enero de 2012 (folio 1152):

“ME DICE QUE POR POLÍTICA DE EMPRESA LOS PRESUPUESTO FACILITADOS DEBEN SER IGUALES EN TODOS LOS CONCESIONARIOS PARA NO ENTRAR EN COMPETENCIAS DE REGATEOS, ME DICE QUE NO PUEDE HACER MÁS (...).”

Informe «Mystery Shopper» relativo a A6 IBERAUTO de fecha 7 de febrero de 2013 (folio 1306):

«[...] ME DICE QUE LE FACILITE EL PRESUPUESTO QUE ME HAN DADO EN EL OTRO CONCESIONARIO PARA VER QUÉ DESCUENTOS ME HACEN, PORQUE, SEGÚN ELLA, EN MADRID SE ESTÁN "RESPETANDO LOS PRECIOS" Y LE PARECE MUY EXTRAÑO QUE ME HAYAN REBAJADO EL PRECIO [...]» [Énfasis añadido]

Informe «Mystery Shopper» relativo a REICOMSA de fecha 8 de febrero de 2013 (folio 1380):

*“[...] ME DICE QUE **TODOS LOS CONCESIONARIOS NISSAN MANEJAN LOS MISMO PRECIOS**, [...], EL PRECIO ES CERRADO. LE DIGO AL VENDEDOR QUE DESEO TASAR EL VEHÍCULO PARA DEJARLO A CAMBIO Y LE COMENTO QUE SI ELLOS ME LO IGUALAN HAGO LA OPERACIÓN AQUÍ POR LA CERCANÍA A MI SITIO DE TRABAJO. ME COMENTA QUE LE EXTRAÑA PORQUE NISSAN **MANEJA LOS MISMOS PRECIOS PRECISAMENTE PARA NO TENER PROBLEMAS ENTRE LOS CONCESIONARIOS** [...]” [ÉNFASIS AÑADIDO]*

Asimismo, se ha recabado en la inspección de ANT un documento fechado el 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III) que contiene un listado de precios desglosado por cliente y en el que aparecen, en lo que a este expediente interesa, REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA, NASUR y A6 IBERAUTO (éstos dos últimos con su nombre diferenciado pero bajo la referencia común de *NISSAN MADRID TALLER M. CONDE*) con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado (folio 384).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

Conforme al artículo 9 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, quedó extinguido el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre.

Desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior, la Consejería de Economía y Hacienda y, en concreto, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica.

Con ocasión del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, las competencias ejecutivas en Defensa de la Competencia, antes atribuidas a la entonces Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda, pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia en el ámbito de la Comunidad de Madrid son responsabilidad de la Dirección General competente, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia.

A su vez, 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 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

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por el SDC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución de 18 de septiembre de 2015, si las conductas investigadas

constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca Nissan, al menos desde diciembre de 2009 hasta mayo de 2013.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, habiéndose desarrollado la conducta imputada durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es dicha norma la aplicable al presente procedimiento sancionador, que prohíbe en su artículo 1 *“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”*.

Asimismo, la disposición adicional cuarta 2 de la LDC señala que *“se entiende por 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”*.

En cuanto a la calificación de la infracción, el artículo 62 de la LDC establece que:

“4. Son infracciones muy graves: a) 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.”

En atención a todo lo anterior, dada el ámbito geográfico en el que se desarrolla la conducta, además a la fecha acreditada de inicio de la misma, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

TERCERO.- Valoración del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, en la Propuesta de Resolución de procedimiento sancionador remitida por el SDC a esta Sala el 18 de septiembre de 2015, el órgano instructor, tras la correspondiente valoración de los hechos, considera acreditadas *“unas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que entran dentro de la definición de cártel”*.

En su Propuesta Resolución, el SDC realiza la siguiente valoración de los hechos acreditados²⁸: *“el objeto de dichas prácticas consistió en el intercambio de información, la fijación de precios y condiciones comerciales. Además el cártel utilizaba medidas de seguimiento para garantizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios participantes en este cártel, evitando la guerra de precios entre estos concesionarios y fijando las condiciones aplicables a la*

²⁸ Folios 4282-4283.

venta de los vehículos de la marca NISSAN. Con todo ello se eliminó la competencia entre dichos concesionarios, con la participación de ANT, Horwath y NISSAN.”

Respecto a la clasificación de la infracción sobre la base de los artículos 62.3 a) y 62.4 a), el SDC considera que la infracción se corresponde con las muy graves, al calificarla como cártel.

Una vez determinada la antijuridicidad de la conducta examinada, el SDC, respecto a la necesaria declaración de responsabilidad de las empresas autores, realiza una individualizada atribución de responsabilidad de las incoadas, refiriéndose a su implicación en el cártel. En el caso particular de AUTOMOCIÓN DÍAZ, la única cuya duración en la conducta no se extiende, al menos, entre enero de 2010 y mayo de 2013, sino que sólo se considera acreditada hasta diciembre de 2010, el órgano instructor propone que se considere circunstancia atenuante, de acuerdo con el artículo 64.3 de la LDC, tal menor duración en la participación de AUTOMOCIÓN DÍAZ.

De este modo, el SDC propone a la Sala de Competencia de la CNMC que declare la existencia de una infracción en los siguientes términos²⁹: *“Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 LDC cometida por parte A.N.T. SERVICALIDAD, S.L, Horwath Auditores España, S.L.P, NISSAN Iberia, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L., IBERICAR REICOMSA, S.A. y M. GONDE, S.A, que entra dentro de la definición de cártel, en la medida que empresas competidoras adoptaron un acuerdo intercambiando información estratégica y comercialmente sensible, para fijar descuentos y condiciones comerciales, homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca NISSAN en la Comunidad de Madrid, restringiendo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de esa marca con el consiguiente perjuicio para el consumidor en la citada zona.”*

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Antijuridicidad de la conducta

Tal como se ha señalado en el Fundamento Segundo, relativo a la normativa aplicable al presente expediente sancionador, 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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en a) La fijación, de forma*

²⁹ Folio 4320.

directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” [...] c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. [...]”.

Asimismo, la disposición adicional cuarta 2 de la LDC señala que “*se entiende por 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”.*

Esta Sala de Competencia constata que el expediente contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión de las conductas que se imputan a las incoadas, con las precisiones que se añadirán *infra*. En el presente expediente nos encontramos ante una serie de prácticas que encajan en las conductas prohibidas previstas en el artículo 1 de la LDC, que constituyen, como veremos, una restricción por objeto, y que han tenido la aptitud para lograr el objetivo perseguido de falseamiento de la libre competencia por parte de los concesionarios independientes de la marca Nissan, con apoyo de dos empresas consultoras y la participación de NISSAN Iberia, S.A.

Sin perjuicio de que, en el apartado relativo a la responsabilidad, esta Sala se pronunciará sobre la concreta individualización de las imputaciones realizadas a cada una de las empresas incoadas, aquí corresponde valorar si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, constitutiva de cártel, consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información estratégica de manera periódica, al menos, durante los años 2010 a 2013, con inicio acreditado para tres de las incoadas en diciembre de 2009.

En efecto, esta Sala considera que existen evidencias suficientes, procedentes de fuentes diversas, fundamentalmente las inspecciones realizadas en la sede de ANT y M. CONDE, así como la información derivada de los requerimientos de información realizados, que acreditan de modo contundente la existencia de tal infracción de cártel, instrumentalizado mediante los mecanismos reseñados *supra* en el epígrafe IV, destinado a hechos probados, así como la participación en la conducta descrita de las empresas incoadas.

Como esta Sala ha tenido la oportunidad de precisar en resoluciones anteriores³⁰, y en contra de lo que señalan algunas de las empresas 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

³⁰ 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, de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW. Asimismo, muy recientemente, RCNMC de 28 de abril de 2016 (Expte. S/DC/0505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET) y de 12 de julio de 2016 (Expte. S/DC/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO).

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 debida tensión competitiva entre concesionarios independientes.

Muchas de las evidencias incluidas en el expediente son tan claramente expresivas de la naturaleza y finalidad del acuerdo adoptado por las mercantiles incoadas, que resulta indiscutible y meridiano el objeto anticompetitivo de la conducta desarrollada durante el período, al menos, de diciembre de 2009 hasta mayo de 2013. Cabe citar aquí de nuevo la indicación que realizaba la propia ANT al exponer la metodología de los servicios que ofrecía: *“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. [...]** 4.- 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.**”³¹*

En este caso, el precio final se ha determinado por los concesionarios de la marca NISSAN participantes en el cártel a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (descuentos máximos, regalos, tasaciones), lo que no deriva necesariamente siempre en una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados por los concesionarios, pero sí implica 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. En alguno de los casos, incluso, tal coincidencia exacta en los precios también ha quedado acreditada³².

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

³¹ Documento de ANT recabado en la inspección realizada en la sede de la consultora, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196), en el que se explicita la metodología de los servicios ofrecidos.

³² A título de ejemplo, folio 1286, correspondiente a adjuntos remitidos por ANT a GAMBOA, donde se contiene tabla con precios de mercado y oferta (además de datos relativos a ausencia de regalos, importe a financiar, inclusión de gastos, etc.), en la que figuran REINCOMSA, IBERAUTO, NASUR, GAMBOA y SANTOGAL, en relación a un modelo de NISSAN, y donde se acredita la identidad del importe de la casilla oferta para los distintos concesionarios.

deben ser sancionados. Así se expone con cierto detalle 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 precios³³:

“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 tales prácticas suponen una restricción por objeto, pues suprimen la incertidumbre en cuanto al precio, lo que determina su aptitud para distorsionar la libre competencia, señalando lo siguiente³⁴:

“(…) 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 documentación recabada en la empresa ANT. Así, el servicio contratado y prestado por la empresa ANT consistía en evaluar el nivel de cumplimiento de los acuerdos³⁵. Consta en la documentación obtenida en

³³ Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitarios.

³⁴ 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.

³⁵ La prestación de los servicios de ANT a las empresas participantes del cártel queda acreditada en el apartado de Hechos Probados, donde se citan los documentos recabados en la inspección de ANT en los que se refleja lo facturado por ANT a los concesionarios.

la inspección cómo ese control se realizaba sobre los modelos de la marca NISSAN 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 como³⁶ 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, aspecto éste que se pone especialmente de manifiesto en el “protocolo de revisión” elaborado por HORWATH³⁷.

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 siguiente³⁸:

5.- 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 [...]». [énfasis añadidos]

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.

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

³⁶ Véase, la resolución de la CNC S/0185/09 Bombas de fluidos y la SAN de 5 de febrero de 2013 (recurso 420/2011).

³⁷ Folios 1092-1095.

³⁸ Documento, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196)

“INCIDENCIAS - SE REFLEJARÁ CUALQUIER TIPO DE INCIDENCIA IMPORTANTE QUE PUEDA AFECTAR A LA OFERTA EN UN APARTADO DE “OBSERVACIONES”.³⁹

“(…) 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.”⁴⁰

Consta acreditado, además, que existía un contacto directo periódico entre competidores a través del envío de correos electrónicos, llamadas telefónicas y reuniones de carácter mensual.

Además de reflejarse en las condiciones pactadas, la instrucción ha evidenciado que efectivamente operaba un sistema de detección de incumplimientos o irregularidades, que quedaban reflejados en los informes remitidos por ANT como “*incidencias*”, y que en ocasiones generaban controversias entre los partícipes del cártel, cuando no estaban conformes con el análisis realizado por ANT⁴¹, llevando incluso a que en tales supuestos las correspondientes visitas no fueran facturadas a los concesionarios por la consultora.

Frente a tales evidencias, no cabe estimar como explicación alternativa plausible la que formula NISSAN en sus alegaciones, relativa a que la respuesta dada a los *Mystery Shoppers* por los distintos comerciales de los diversos concesionarios incoados sobre la existencia de acuerdos entre concesionarios y con la marca que impedían bajar los precios podría ser una “mera técnica de venta” por parte de los comerciales.

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

Esta Sala entiende que nos encontramos ante un mecanismo de control típico de los cárteles llevado a cabo en este caso por ANT y HOWARTH, 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 por email y su entrega en las citadas reuniones de la información obtenida al resto de concesionarios,

³⁹ Documento denominado “Mystery Shopping Estudios de Políticas Comerciales”, recabado en la sede de ANT (folios 1471-1472).

⁴⁰ Documento de ANT recabado en la inspección realizada en la sede de la consultora, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196), en el que se explicita la metodología de los servicios ofrecidos.

⁴¹ Correo remitido por GAMBOA a ANT, con el asunto «RV: Informes y Presupuesto febrero 2010», obtenido en soporte papel en la inspección a ANT (folios 222-223).

siendo ésta, a juicio de esta Sala, la verdadera finalidad de los servicios contratados a ANT y a HOWARTH 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 horizontal⁴² 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 aquella 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.

Evidentemente, cuando este tipo de información considerada estratégica, cuya confidencialidad suele ser reclamada por las propias empresas⁴³, es compartida entre competidores, se reduce la autonomía e independencia de actuación en el mercado por parte de las empresas, y ello redunda 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 en contra de lo alegado por algunas de las incoadas, que el tipo de información aquí intercambiada, particularmente sobre los precios de venta y los descuentos aplicados, debe ser considerada información 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.

Hay que precisar 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 recabado en la inspección de su sede, ya mencionado anteriormente, en el que se indicaba que la tabla resumen a

⁴² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114%2804%29&from=ES>

⁴³ 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.

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 servicios.

“4.- 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.” [énfasis añadidos]⁴⁴

Y así se constata en las citadas tablas resumen que efectivamente ANT remitió a los concesionarios imputados cártel, incluyendo los precios de referencia, oferta final, diferencia, regalos, tasaciones ofertadas y las incidencias detectadas respecto del incumplimiento de los acuerdos adoptados.⁴⁵

Los acuerdos de fijación de precios y los intercambios de información sensible podrían 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 tanto, y a diferencia de lo que consideran algunas de las incoadas en sus alegaciones, el intercambio de información acreditado 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 del SDC sobre la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, consistente en

⁴⁴ Documento de ANT recabado en la inspección realizada en la sede de la consultora, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196), en el que se explicita la metodología de los servicios ofrecidos. Asimismo, vid. tabla con precios de mercado y oferta (además de datos relativos a ausencia de regalos, importe a financiar, inclusión de gastos, etc.), en la que figuran REINCOMSA, IBERAUTO, NASUR, GAMBOA y SANTOGAL, en relación a un modelo de NISSAN (folio 1286).

⁴⁵ Folios 1301, 1325, 1343, 1412 y 1430, a modo de ejemplo.

acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales, así como en intercambios de información estratégica entre los concesionarios de la marca NISSAN incoados.

4.2.- Duración de la conducta y carácter único y continuado de la infracción

Esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada desde, al menos, diciembre de 2009 hasta mayo de 2013, dadas las fechas de la inspección desarrollada en la sede de ANT los primeros días de junio de 2013. La participación de los concesionarios, salvo en el caso de AUTOMOCIÓN DÍAZ, ha quedado acreditada desde enero de 2010, mientras que para ANT, HORWATH y NISSAN, las pruebas constatan su participación en la conducta desde diciembre de 2009.

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

Respecto de la calificación de las prácticas acreditadas en este expediente como infracción única y continuada, hay que recordar que la jurisprudencia comunitaria ha señalado que para que quede acreditada la misma, se debe producir la concurrencia en el comportamiento de las empresas incoadas de una serie de elementos. Así, *“para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 33 supra, apartado 87). [36] En efecto, las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112). [37] Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.”* (STG

de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, sobre el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica).

En el ámbito nacional, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, define como infracción continuada *“la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

La jurisdicción contenciosa, al revisar las resoluciones de la autoridad de la competencia en las que se ha aplicado la figura de la infracción única y continuada, ha refrendado los anteriores criterios y la concreta aplicación al caso de los mismos⁴⁶.

El examen de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que en el presente caso se dan los elementos de continuidad, complementariedad y coordinación entre sí, que justifican que el conjunto de actuaciones y prácticas desarrolladas por los partícipes en el cártel objeto de este expediente y descritas en la presente resolución, se califiquen como una infracción única y continuada, que se prolonga desde diciembre de 2009 a mayo de 2013.

En el presente supuesto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas, a través de los acuerdos adoptados era la fijación de precios y otras condiciones comerciales por encima de lo que hubiera resultado en ausencia de pacto.

Efectivamente, se trata de una pluralidad de acciones complementarias cometidas por idénticas empresas competidoras mediante un comportamiento repetido y extendido en el tiempo que se prolongó desde al menos diciembre de 2009 hasta las inspecciones desarrolladas en junio de 2013, infringiendo el mismo precepto administrativo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y utilizando métodos comunes con la misma finalidad, siendo su objetivo último, como se recoge textualmente en las evidencias recabadas “evitar una guerra de precios”⁴⁷.

Cada una de las empresas partícipes, la propia NISSAN Iberia así como ANT y HORWATH, era perfecta conocedora de que con su comportamiento se integraba en un acuerdo secreto entre competidores cuyo objeto era la fijación de precios descrita. Dadas las características de la infracción de fijación de precios, desde el mismo momento en que ha quedado acreditado que se inició la conducta, las empresas partícipes debían conocer sin margen de duda que tales acuerdos merecían la calificación de cártel conforme a la normativa vigente. Un indicio de

⁴⁶ Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005, 6 de noviembre de 2009, 1 de diciembre de 2009, 5 de febrero de 2013, 13 de febrero de 2013, 9 de julio de 2013, 18 de julio de 2013 y 26 de mayo de 2014 y Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 19 de marzo de 2008, 30 de noviembre de 2004, 28 de junio de 2013, 6 de noviembre de 2013 y 26 de marzo de 2015.

⁴⁷ Folios 1471-1472.

tal constancia sobre el carácter ilegalmente anticompetitivo de los acuerdos se pone de manifiesto en las referencias al carácter confidencial y a la discreción de los servicios prestados por ANT.

Respecto de la conducta de AUTOMOCIÓN DÍAZ, no obstante, esta Sala de Competencia no comparte la imputación de responsabilidad realizada por el órgano de instrucción en su PR. Coincide esta Sala de Competencia con el SDC en que los hechos acreditados relativos a la participación de AUTOMOCIÓN DÍAZ en los acuerdos adoptados e implementados por los concesionarios independientes de la marca Nissan permitirían concluir, con el grado de constatación suficiente exigible, la participación de esta empresa en el cártel objeto de este expediente, durante el período de enero de 2010 a diciembre de 2010. No obstante, la última fecha en la que ha quedado acreditada la participación de AUTOMOCIÓN DÍAZ, diciembre de 2010, y la fecha de incoación del expediente por el SDC en enero de 2015 determinan que la conducta de esta mercantil se encuentre prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC, que establece un plazo de prescripción de cuatro años para las conductas muy graves.

En definitiva, esta Sala considera acreditado el periodo de duración de la conducta reflejado en la propuesta de resolución y, en consecuencia, se procede a delimitar la duración de la infracción para cada una del resto de las empresas imputadas, en función de los hechos acreditados y el análisis de las alegaciones formuladas, diferenciando los correspondientes períodos de infracción determinados por el inicio y terminación de la conducta:

1. ANT SERVICIALIDAD, S.L., de diciembre de 2009 a mayo de 2013.
2. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., de diciembre de 2009 a mayo de 2013.
3. NISSAN IBERIA, S.A., de diciembre de 2009 a mayo de 2013.
4. A6 IBERAUTO, S.L., y solidariamente M. CONDE, de enero de 2010 a mayo de 2013.
5. GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., de enero de 2010 a mayo de 2013.
6. IBERICAR REICOMSA, S.A., de enero de 2010 a mayo de 2013.
7. NASUR MOTOR, S.L., y solidariamente M. CONDE, de enero de 2010 a mayo de 2013.
8. SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., de enero de 2010 a mayo de 2013

4.3.- Efectos de la conducta 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 objeto⁴⁸.

Este criterio es acorde con la jurisprudencia al respecto, y así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que⁴⁹:

“ (...) 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”.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en 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”.

⁴⁸ Véanse, Expte. S/0120/10, Transitarios), Expte S/428/12 Palés, Expte. S/0422/12 Contratos de permanencia.

⁴⁹ 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).

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 NISSAN, y a diferencia de lo que señalan las partes, los efectos en el mercado resultan incuestionables. 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 NISSAN. 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, la cual queda reducida hasta el límite de anularla por completo.

A título de ejemplo cabe citar de nuevo alguna de las evidencias reseñadas en el apartado de Hechos Probados, *supra*, Así:

-Informe «*Mystery Shopper*» relativo a SANTOGAL de 19 de enero de 2012 (folio 1152):

“ME DICE QUE POR POLÍTICA DE EMPRESA LOS PRESUPUESTO FACILITADOS DEBEN SER IGUALES EN TODOS LOS CONCESIONARIOS PARA NO ENTRAR EN COMPETENCIAS DE REGATEOS, ME DICE QUE NO PUEDE HACER MÁS (...)”

“[...] PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN

•EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

•HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO [...]”⁵⁰.

Estos acuerdos tuvieron incidencia económica en los compradores de dichos vehículos de la marca NISSAN, 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

⁵⁰ Documento denominado “Mystery Shopping Estudios de Políticas Comerciales”, recabado en la sede de ANT (folios 1471-1472).

consumidores pagaran un precio superior al que en un contexto de libre competencia hubieran pagado.

4.4.- Responsabilidad de las entidades incoadas

La participación de las empresas NISSAN IBERIA, GAMBOA AUTOMOCIÓN, IBERICAR REICOMSA, SANTOGAL AUTOMÓVILES, A6 IBERAUTO, NASUR MOTOR y M. CONDE, S.A., con carácter solidario respecto de las dos anteriores, con la colaboración de ANT SERVICIALIDAD y HORWATH AUDITORES ESPAÑA resulta, a juicio de esta Sala, acreditada a tenor de las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación realizada por el órgano de instrucción en su Propuesta de Resolución.

En lo que se refiere a la responsabilidad de ANT y HORWATH, esta Sala considera acreditado que las citadas empresas, pese a ser ajenas al mercado afectado, han participado activamente en la infracción actuando como controladoras del cumplimiento de los acuerdos del cártel y facilitando el intercambio de información estratégica entre las empresas. Con su labor de control, vigilancia y facilitación de la información han contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado.

Los servicios de ambas consultoras 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 las visitas de *Mystery Shopping* y los informes de ANT y los “protocolos de revisión” de HORWATH. 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. En el caso de HORWATH, los llamados “protocolos de revisión” que realizaba manifiestan la existencia de los acuerdos y establecen las condiciones que las partes deben cumplir y las sanciones previstas en caso de incumplimientos puntuales de los acuerdos. Asimismo, se especifican cuáles son las excepciones comerciales que pueden realizarse fuera del acuerdo. También se establecen en tales protocolos los mecanismos de intercambio de la información a través de las denominadas “reuniones de concesiones” y las incidencias encontradas se valoran en las reuniones de “Junta de Gerentes” de los concesionarios participantes en el cártel, que se realizaban mensualmente.

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 mercado⁵¹ 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 administrativo⁵². Lo mismo cabe señalar respecto de HORWATH y la función desarrollada a través de los “protocolos de revisión”⁵³, en contra de lo alegado por esta empresa.

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 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”.

Asimismo, el TJUE en sentencia subsiguiente sobre el mismo asunto, de 22 de octubre de 2015, confirma que el comportamiento de la empresa asesora que contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cártel por medio de la prestación de servicios –análogos a los que se plantean en este expediente– a empresas que operan en un mercado distinto está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE:

“(37) En el presente asunto, según las apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal General en el apartado 10 de la sentencia recurrida, AC-Treuhand

⁵¹ Expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.

⁵² 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 y, muy recientemente, RCNMC de 28 de abril de 2016 (Expte. S/DC/0505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET) y de 12 de julio de 2016 (Expte. S/DC/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO).

⁵³ Así, en la RCNMC de marzo de 215S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER, de 28 de mayo de 2015.

jugó un papel esencial y similar en las dos infracciones en cuestión, organizando varias reuniones a las que asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los productores de estabilizadores térmicos datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores y animándolos a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración.

(38) De ello resulta que el comportamiento de AC-Treuhand se inscribe directamente en la actividad de los productores de estabilizadores térmicos dirigida a negociar y controlar el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron en los acuerdos, de manera que el propio objetivo de los servicios prestados por AC-Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con dichos productores era la realización, con total conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de que se trata, concretamente, como resulta del apartado 4 de la sentencia recurrida, la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible.”

En definitiva, esta Sala de Competencia se muestra conforme con la responsabilidad atribuida a las mercantiles ANT y HORWATH por parte del órgano de instrucción en su Propuesta de Resolución, como empresas partícipes en el 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 igualmente 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, HORWATH y NISSAN 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 forzoso 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 trabajo*”⁵⁴, y se toman varias medidas preventivas, como son la de ocultar la finalidad de los estudios al propio personal evaluador (“*ninguno de nuestros*

⁵⁴ Documento, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, denominado “El Cliente indiscreto” (folios 195-196).

evaluadores sabrá realmente el propósito final del estudio”), 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”, “protocolos de revisión”), con el objetivo de pasar desapercibidos a terceros ajenos a los acuerdos.

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

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

5.1. Sobre la ausencia de la indefensión alegada

NISSAN IBERIA S.A. dedica el apartado preliminar de sus alegaciones a la Propuesta de Resolución del SDC a poner de manifiesto dos irregularidades que considera que se han producido en el procedimiento y que, en su opinión, cuestionarían la legalidad del conjunto de las actuaciones llevadas a cabo. Dichas irregularidades ya fueron planteadas en las alegaciones al PCH y se reiteran ante la Sala de Competencia de la CNMC.

La primera de estas supuestas irregularidades se refiere a que el desconocimiento del origen del procedimiento genera a NISSAN una indudable indefensión, por cuanto que ni en los documentos elaborados por la DC como por el SDC (así los respectivos acuerdos de incoación del procedimiento de 29 de agosto de 2013 y 19 de enero de 2015) se menciona el origen de la información obtenida por la DC para llevar a cabo las inspecciones que dieron lugar al mismo.

En este sentido afirma NISSAN que sólo a raíz de la publicación de la Resolución de la CNMC de 28 de mayo de 2015 en el Expte. S/0471/13, CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, ha podido saber que el origen de las actuaciones traía causa de la solicitud de exención del pago de la multa formulada por SEAT, S.A. por lo que entiende que la no incorporación de dicha solicitud al presente expediente, con el objeto de posibilitar a las incoadas realizar las alegaciones oportunas, le genera indefensión. En consonancia con estas afirmaciones concluye que la indebida aplicación del programa de clemencia del que parecen derivar las actuaciones del presente expediente conllevaría en última instancia la nulidad de las mismas y, en tal sentido, cita reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a las pruebas obtenidas ilícitamente y a la incapacidad de las mismas para desvirtuar la presunción de inocencia.

De este modo, y dado que considera viciadas de nulidad las inspecciones realizadas en el expediente por tener su origen en la indebida aplicación del programa de clemencia, se alinea con lo manifestado por otras dos empresas también incoadas en el presente expediente y que fueron inspeccionadas por la DC en el marco del precitado expte. S/0471/13, esto es, ANT y M.CONDE. En

concreto, NISSAN se remite a las alegaciones al PCH de ANT, en las cuales se señala que la única información que la DC tenía en el momento de la inspección estaba relacionada con prácticas de concesionarios de las marcas Audi, Volkswagen y Seat, por lo que sólo estaba legitimada para recabar y utilizar información relativa a conductas de concesionarios de dichas marcas. En este sentido, conforme a lo también alegado por ANT, entiende que la ambigüedad de la descripción del objeto de la orden de investigación, que habilitaba para realizar la correspondiente inspección, fue aprovechada por la DC para llevar a cabo una aprehensión de la documentación desproporcionada y ajena a los indicios que las inspecciones tenían por objeto esclarecer, vulnerando con ellos el derecho de defensa de las empresas afectadas.

Finalmente, NISSAN se refiere a determinada jurisprudencia europea (así, la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 18 de junio de 2015, en el asunto C-583/13 P, *Deutsche Bahn y otros c. Comisión*, apartado 58), jurisprudencia citada asimismo por el Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011, que se remite a la STJUE de 25 de junio de 2014 [asunto C-37/13 P]), para afirmar que corresponde concluir la nulidad de las inspecciones realizadas en ANT y M. CONDE y, por tanto, a declarar que la documentación recabada durante estas inspecciones es inválida para cualquier finalidad, no existiendo así material probatorio sobre el que el SDC pueda fundamentar su acusación sustanciada.

Esta Sala de Competencia no puede, sin embargo, estar conforme con dichos argumentos. Muy al contrario, es necesario señalar que NISSAN ha tenido acceso a toda la información y documentación disponible en el presente expediente y que es precisamente a la vista de dicha información y documentación, única y exclusivamente, sobre la que esta Sala resolverá, sin que existan elementos ajenos al expediente en los que el SDC se haya basado para imputar a NISSAN y sobre los cuales dicha empresa no haya tenido la oportunidad de defenderse.

Por lo que se refiere al origen del procedimiento, conviene recordar los términos del Acuerdo de incoación de 29 de agosto de 2013 por parte de la entonces Dirección de Investigación y del que NISSAN sí tuvo, obviamente, conocimiento, por cuanto le fue notificado el 30 de agosto de 2013⁵⁵. En dicho Acuerdo se afirmaba que se había tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, a raíz de lo cual se había iniciado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada 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.

⁵⁵ Folios 222 a 233 del Expte. S/0485/13 CONCESIONARIOS NISSAN.

En el marco de dicha información reservada, con fecha 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI realizó inspecciones, entre otras, en la sede del concesionario M. CONDE y en la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L. y, sobre la base de la información reservada realizada observó indicios racionales de la comisión de una infracción prohibida por la LDC, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, incoó el expediente sancionador S/0485/13, CONCESIONARIOS NISSAN. Dicho expediente fue posteriormente remitido al SDC de la Comunidad de Madrid. Los hechos que dicho servicio acredita en su PR de 18 de junio de 2015 y que sirven para declarar la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, se fundamentan principalmente en la información obtenida por la DI en las inspecciones de ANT y CONDE antes citadas, así como en la contestación a los requerimientos de información a las incoadas. Es importante indicar que en el Acuerdo de incoación de 29 de agosto de 2013 de la DI se señalaba que se llevaría a cabo la incorporación al expediente de la documentación relacionada con el mismo que obrara en las diligencias previas S/0471/13.

Asimismo, conviene mencionar en ese punto que NISSAN tuvo conocimiento, naturalmente, tanto de la Resolución de la CNMC de 22 de mayo de 2014, por la que se acordaba el archivo del expediente S/0485/13 a la vez que se remitía el mismo al SDC de la Comunidad de Madrid⁵⁶, como del Acuerdo de incoación de 19 de enero de 2015 por parte del SDC de la Comunidad de Madrid⁵⁷, así como del resto de actos llevados a cabo en este expediente, tales como la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (folios 3085 a 3163 del SAMAD/09/2014) o la Propuesta de Resolución (folios 3941 a 4050 del SAMAD/09/2014), por citar los más importantes. Es decir, NISSAN ha tenido conocimiento puntual de toda la información y documentación disponible en el presente expediente y ha podido realizar las alegaciones que ha creído oportunas con respecto a dicha documentación, por lo que no considera esta Sala que quepa el acceso a una documentación ajena a la utilizada para imputar a NISSAN.

En la misma situación alegada por NISSAN se encontraron las empresas incoadas en los Expedientes S/0486/13, Concesionarios Toyota, S/0487/13, Concesionarios Land Rover, S/0488/13, Concesionarios Hyundai y S/0489/13, Concesionarios Opel, ya resueltos por esta Sala de Competencia y que afectan igualmente a la distribución de vehículos de motor. Dichos expedientes también tuvieron su origen en la información reservada designada con el número S/0471/13 y en la posterior inspección realizada en la sede de la empresa ANT, y en los mismos se incorporó, igualmente, la documentación relacionada con cada uno de ellos que obrara en las diligencias previas S/0471/13, si bien tampoco en estos expedientes se tuvo conocimiento de la documentación relativa a la solicitud de exención del pago de la multa solicitada por SEAT. Parece evidente que si

⁵⁶ La misma le fue notificada el 26 de mayo de 2014 (folios 2211 a 2217 del Expte. S/0485/13).

⁵⁷ Notificado a NISSAN el 3 de febrero de 2015 (folios 2475 a 2488 del presente Expte. SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan).

dicha información obrante en el S/0471/13, Concesionarios AUDI/SEAT/VW, hubiera sido necesaria para esclarecimiento de los hechos investigados en los citados expedientes se habría acordado la incorporación de dicha información a los mismos, como de hecho así sucedió cuando se consideró oportuno con otra información de ese expediente⁵⁸.

De peticiones similares a la formulada por NISSAN ya ha tenido esta Sala la oportunidad de pronunciarse, llegando a la misma conclusión que se obtiene en el presente caso. Así, en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 5 de marzo de 2015 en el S/0489/13, Concesionarios Opel, se exponía lo siguiente:

“Finalmente, diversas las incoadas han solicitado el acceso o la incorporación a este expediente de documentación e información correspondiente a otros expedientes distintos. Así ANCOPEL, ANCO y otras dieciséis concesionarias bajo la misma representación en escrito común de alegaciones a la PR han solicitado la incorporación a este expediente de “de todas aquellas actuaciones, diligencias e investigaciones que consten en el expediente abierto a los fabricantes de automóviles (expediente 482/13), que tengan que ver con las presentes actuaciones”. Asimismo, BÉTULA CARS ha solicitado que se facilite el acceso de las incoadas en el presente expediente “a toda aquella información contenida en el expediente S/0471/13 que dio lugar y tuvo origen de las inspecciones ocurridas en este expediente y de la incoación del mismo”.

Respecto de la primera pretensión, la DC indica en su PR, en respuesta a solicitud análoga planteada en las alegaciones de las mismas incoadas al PCH que, de acuerdo con la información publicada en la página web de la CNMC, en el Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles, los hechos objeto de investigación están relacionados con acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de vehículos de motor en el mercado español, no existiendo relación de causalidad entre dichos expedientes, no existiendo identidad entre las partes interesadas en los mismos, ni tampoco en los hechos analizados. Esta Sala coincide con la DC en considerar improcedente e innecesaria tal solicitud de incorporación de información perteneciente a otro expediente, al no existir una relación con los hechos objeto de análisis en el presente expediente, y que por tanto no pueden alterar la resolución final a favor de los incoados.

⁵⁸ Así se refleja, por ejemplo, en el Antecedente de Hecho 6 de la Resolución de 5 de marzo de 2015 en el S/0486/13, Concesionarios Toyota, donde se dedujo testimonio del expediente S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW, para incorporar determinada información relacionada con el objeto del expediente S/0486/13, Concesionarios TOYOTA, relativa a la confidencialidad solicitada por CONDE, o en el Antecedente de Hecho 8 de la Resolución de 5 de marzo de 2015 en el S/0489/13, Concesionarios Opel, donde la DC incorporó al expediente información obrante en las diligencias previas S/0471/13.

Respecto de la solicitud de que se facilite el acceso de las incoadas en el presente expediente “a toda aquella información contenida en el expediente S/0471/13 que dio lugar y tuvo origen de las inspecciones ocurridas en este expediente y de la incoación del mismo”, hay que señalar que con fecha 29 de agosto de 2013 y 2 de julio de 2014 la DC incorporó al presente expediente la información obrante en las diligencias previas S/0471/13 relacionada con el mismo (folios 4109 a 4387).

No es necesario recalcar que esta Sala resuelve exclusivamente a la vista de la información y documentación disponible en el presente expediente y, en ausencia de elementos que permitan apreciar que en otros expedientes de distinto objeto, sin identidad en las partes ni en los hechos analizados, puedan constar indicios o pruebas de descargo, no corresponde la incorporación ni el acceso solicitados”.

En definitiva, esta Sala de Competencia no considera que pueda existir indefensión alguna para la incoada cuando la misma ha podido alegar lo que ha considerado oportuno con respecto a toda la información utilizada para su imputación por parte del SDC como responsable de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC.

5.2. Sobre la ausencia de irregularidades en la remisión de lo actuado al Servicio de la Competencia de la Comunidad de Madrid

La segunda de las irregularidades procedimentales, supuestamente invalidantes, alegadas por NISSAN se refiere a la forma en que se ha dado traslado del procedimiento al SDC, la cual entiende carece de base legal. En este sentido alega que desde que se incoó por la DI el 29 de agosto de 2013 el expediente S/0485/13, CONCESIONARIOS NISSAN, hasta el 22 de mayo de 2014 en que se dictó la Resolución del Consejo de la CNMC que acordaba el archivo del mismo, habían transcurrido casi nueve meses, lo que no se justifica teniendo en cuenta que la documentación e información del expediente que acota el ámbito geográfico de los hechos a la Comunidad de Madrid se encuentra en el mismo desde el inicio del procedimiento, sin que conste ninguna reclamación de competencia por parte del SDC que llevara a la CNMC a replantearse su jurisdicción. Por otro lado, también entiende NISSAN que la fórmula utilizada por el Consejo de la CNMC para establecer la pérdida de competencia de la DC carece de base legal por cuanto no puede condicionarse la misma a una actuación positiva de la Administración autonómica correspondiente, como se desprende de la Resolución de 22 de mayo de 2014. Así, entiende que la fórmula utilizada afecta a la independencia de criterio del SDC, presionándole para que acepte la competencia e incoe un procedimiento sancionador.

Por último, considera NISSAN que el procedimiento seguido por la CNMC para asignar la competencia al SDC tampoco ha sido el previsto por la normativa. Y ello porque, por un lado, en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, no se establece una remisión de una propuesta de la DC al Consejo de la CNMC ni una Resolución del Consejo condicionada a la asunción de la competencia por la Administración autonómica correspondiente, y por otro, porque el artículo 27.1 RDC no es aplicable al supuesto discutido, pues dicho artículo se refiere a las propuestas de la DC para la no incoación de procedimientos y archivo de denuncias, y en este caso el procedimiento había sido ya incoado por la DC, por lo que debió aplicarse el artículo 34 del RDC, que prevé que las partes deben ser informadas y contar con un trámite de alegaciones, lo cual no sucedió en el caso analizado.

Con respecto a esta segunda irregularidad referida por NISSAN, esta Sala no puede sino reiterarse en los argumentos que le llevaron a dictar su Resolución de 22 de mayo de 2014, por la cual archivó el expediente S/0485/13, CONCESIONARIOS NISSAN, a la vez que remitió el mismo al SDC de la Comunidad de Madrid al objeto de que le fuera asignado mediante el mecanismo de asignación de competencias establecido en el artículo 2 de la citada Ley 1/2002.

En este sentido, no se aprecia en aquella Resolución nada que pueda tildarse de irregular, por cuanto sencillamente se siguió el cauce procedimental establecido por la normativa aplicable al caso concreto, es decir, el artículo 27.1 del RDC que remite directamente a lo establecido en el artículo 44 de la LDC que desarrolla. En dicho artículo 44 se señala que la CNC podrá *“acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia o de objeto”*, por lo que la afirmación de NISSAN de que el artículo 27.1 del RDC no se puede aplicar por cuanto está pensado para los casos en los que no se ha incoado procedimiento, no puede aceptarse por esta Sala, pues como acabamos de ver, dicho artículo remite directamente al artículo 44 donde sí se contempla expresamente la posibilidad de archivar, por falta o pérdida de competencia, expedientes ya incoados. Precisamente esta pérdida de competencia por parte de la DC, que esta misma refleja en su propuesta de archivo, es la que provocó la activación del mecanismo de asignación de autoridad competente previsto en el artículo 2 de la Ley 1/2002.

En el apartado 4 de dicho artículo 2 es donde se contempla la posibilidad de que el conflicto competencial pueda plantearse con posterioridad a la incoación del procedimiento, incluso en la fase de resolución, si bien en el mismo no se señala plazo específico alguno para que esto suceda, por lo que el tiempo transcurrido entre que se inició el procedimiento hasta que la DC trasladó su propuesta de archivo y esta Sala dictó la Resolución de 22 de mayo de 2014 no puede ser objeto de reproche invalidante por parte de NISSAN.

Por lo que respecta a la concreta fórmula utilizada tampoco está Sala considera que hay cometido irregularidad alguna y, huelga decirlo, presionado al SDC de la Comunidad de Madrid para asumir competencias que no le correspondieran. Precisamente corresponde a la Ley 1/2002 establecer un conjunto de reglas tendentes a aclarar cuándo una competencia es del Estado y cuándo lo es de una Comunidad Autónoma, articulándose un mecanismo dinámico y equilibrado de resolución de los conflictos que la aplicación de los puntos de conexión pudiera generar.

Sin embargo, en este caso no parece existir conflicto competencial alguno y así lo afirmó la propia NISSAN que manifiesta estar de acuerdo con el contenido sustantivo de la decisión de la Sala, esto es, que la competencia correspondía al órgano de defensa de la competencia de la Comunidad de Madrid. En este sentido, una vez que se llevó a cabo el análisis de la información recabada en las inspecciones realizadas, se constató que las entidades participantes delimitaron el ámbito territorial de los acuerdos adoptados a la Comunidad de Madrid -llegando a indicar expresamente, como se ha indicado *supra*, que las condiciones pactadas no se aplicarían a clientes de otras provincias diferentes-, por lo que al circunscribirse los efectos de las conductas a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma era evidente que la competencia correspondía en principio al órgano de defensa de la competencia de dicha comunidad. Así lo creyó la DC, que lo expuso en su propuesta de archivo de 23 de abril de 2014, así lo estimó esta Sala en su Resolución de 22 de mayo de 2014, y así también lo apreció el SDC de la Comunidad de Madrid, que posteriormente y tras una fase de información reservada, acordó la incoación del presente expediente el 19 de enero de 2015.

En definitiva esta Sala considera que el procedimiento y la fórmula seguida para asignar la competencia del expediente al SDC de la Comunidad de Madrid no adolecen de irregularidad alguna y mucho menos se puede afirmar que estas supuestas irregularidades puedan viciar de nulidad las actuaciones posteriores, como NISSAN alega.

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

ANT y otras de las imputadas han alegado la nulidad de todo lo actuado en este expediente sancionador debido a que el órgano instructor 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, en el marco del expediente S/0471/13, como también han alegado GAMBOA, NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO, 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 dictada por la DC, así como su carácter ambiguo, sin especificar cuáles eran las marcas afectadas, máxime cuando la DC conocía que los concesionarios que podrían verse envueltos en las prácticas anticompetitivas correspondían a las marcas Volkswagen, AUDI y SEAT, pero ningún indicio disponía de un comportamiento análogo en la distribución de vehículos a motor de la marca NISSAN. Alegan estas empresas que en la Orden de Investigación debe constar 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.

Esta Sala se opone a las pretensiones de nulidad de las pruebas obrantes en el expediente, en tanto que procedan de la inspección de ANT, como alegan las incoadas precitadas, en base a las siguientes consideraciones.

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, esta 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 Autoridad de Competencia la apertura de una pluralidad de expedientes sancionadores derivados de una inspección de la Dirección de Competencia⁵⁹.

Como bien ha señalado la CNC con anterioridad⁶⁰, *“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*

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, los expedientes S/474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN y S/484/13 REDES ABANDERADAS, o los expedientes S/0192/09 ASFALTOS y S/0226/10 LICITACIONES CARRETERAS.

⁶⁰ Resolución de 7 de octubre de 2010 (Expte. R-0053/10) y Resolución de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS).

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 investigación de la inspección, resultaría de aplicación la doctrina del hallazgo casual, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional⁶¹.

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, 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 DC 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 pretenden ANT, GAMBOA, NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO, los hechos concretos y los mercados investigados, ya que ello limitaría injustificadamente 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

⁶¹ Sentencias del Tribunal Supremo 5/2009, de 8 de enero y 2228/2001, de 22 de noviembre, y sentencias del Tribunal Constitucional nº 41/1998 de 24 de febrero y nº 50/1995, de 23 de febrero.

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 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 ". [subrayado añadido].

En concreto, la Orden de Investigación controvertida 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 distintas de NISSAN.

Por otro lado, esta alegación referida a la excesiva amplitud de la Orden de Investigación por su referencia al "(...) mercado español de la distribución de vehículos de motor" y no limitarse a una determinada marca de vehículos, se encuentra en total contradicción con posteriores argumentaciones de las partes, referidas a la excesiva delimitación del mercado en la definición del mismo realizada por el órgano de instrucción, en las que los interesados defienden que no existe como tal un mercado de producto restringido a los vehículos nuevos de la marca NISSAN sino un mercado más amplio de vehículos a motor de distintas marcas presentes en el mercado, sí como con la alegación de ANT sobre una posible vulneración del principio *non bis in idem* por entender que ya ha sido sancionada por los mismos hechos que se le imputan en el presente expediente en anteriores Resoluciones de esta Sala referidas a diferentes marcas de automóviles. Tales contradicciones demuestran que las propias partes investigadas en el expediente, más allá de la presente alegación relativa a la legalidad de la inspección, consideran que la referencia al "(...) mercado español de la distribución de vehículos de motor" incluida en la Orden de Inspección resulta totalmente correcta y plenamente ajustada a la realidad del sector de la automoción.

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.

5.4. Sobre la no vulneración del principio *non bis in idem*

ANT argumenta en sus alegaciones que considera vulnerado el principio *non bis in idem*, al 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 las

Resoluciones de la CNMC adoptadas en cinco expedientes previos vinculados a concesionarios⁶². En este sentido, indica ANT que se propone sancionarla por unos hechos idénticos ocurridos en unos ámbitos temporal y geográfico coincidentes con los de otras sanciones que ya le han sido impuestas por la CNMC.

Esta Sala, no obstante, no comparte la alegación de ANT relativa a la vulneración del principio de non bis in idem. 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 precepto. Pues bien, 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 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 y, parcialmente, HORWATH—, condiciones éstas necesarias para apreciar la existencia de la infracción invocada.

Tal como señala la Audiencia Nacional en sentencia de fecha 15 de julio de 2014, en relación a un supuesto análogo:

“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”.

⁶² 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/SEAT/WV.

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 en ese extremo entre los expedientes citados, más allá de la intervención de ANT en las conductas.

Resulta innecesario, por tanto, realizar un análisis diferencial adicional respecto 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, dado que en esos ámbitos citados los operadores partícipes y los hechos han sido distintos en cada expediente.

Por todo ello, no procede estimar las alegaciones de ANT en relación con la vulneración del principio *non bis in ídem*.

5.5. Sobre la delimitación del mercado afectado realizada por el órgano de instrucción

En relación a la delimitación del mercado afectado, diversas incoadas formulan alegaciones, no plenamente coincidentes entre sí, contradiciendo la valoración de la propuesta de resolución, que se refiere a “vehículos nuevos de la marca NISSAN en la Comunidad de Madrid”. Las incoadas sí coinciden en solicitar una delimitación más restringida o precisa, que diferencie los canales de venta y los modelos afectados.

Como ya ha tenido la ocasión de manifestar esta Sala, la delimitación exacta del mercado relevante tampoco es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto. Tal es el caso de los cárteles de fijación de precios como el que es objeto de este expediente, pues los precedentes y la teoría económica revelan que son acuerdos que objetivamente tienen capacidad para restringir la competencia efectiva en detrimento del bienestar sin producir eficiencias de las que puedan beneficiarse terceros, cualquiera que sea el contexto jurídico y económico en el que se produzcan⁶³.

En todo caso, dado que son las propias empresas y entidades incoadas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción (Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés), esta Sala considera que en el presente expediente ha quedado suficientemente evidenciado que el mercado afectado por la infracción es el de la distribución de vehículos de motor turismos nuevos de

⁶³ Véanse, entre otras, las Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipulados radiactivos; 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; de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y del Consejo de la CNMC de 15 de enero de 2015, Expte. S/0473/13 Postes de Hormigón.

diversos modelos de la marca NISSAN (Qashquai, Qashqai “, Pizo y NV 2000) a través de concesionarios independientes del fabricante vendidos a particulares residentes en Madrid en el tiempo que duró la presunta conducta. Tal delimitación se corresponde tanto con la propia demarcación 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.

5.6. Sobre la responsabilidad solidaria de M. CONDE

El órgano de instrucción propone la atribución de responsabilidad solidaria a M. CONDE, en cuanto empresa que controla a las incoadas A6 IBERAUTO y NASUR MOTOR, responsables asimismo de las conductas anticompetitivas objeto de este expediente. M.CONDE alega que no es sociedad matriz de esas otra dos incoadas, y que no comercializa vehículos marca NISSAN. M. CONDE argumenta en el marco de su contestación al PCH y reitera en las alegaciones a la PR, que la respuesta que en su día dio al correspondiente requerimiento de información era inexacta, y que ni A6 IBERAUTO ni NASUR MOTOR son empresas controladas, ni directa ni indirectamente, por M. CONDE.

Tal como señala el órgano de instrucción en su propuesta de resolución, a resultas del requerimiento formulado a M. CONDE sobre la relación de control existente con otras mercantiles concesionarios, a los efectos de valorar la posible responsabilidad solidaria de CONDE, ésta indicó que controlaba, entre otras empresas, a MACONDE INMOBILIARIA, S.L, la cual controla al 100% a A6 IBERAUTO y NASUR MOTOR, tal y como señalan éstas en sus respectivas respuestas a los correspondientes requerimientos de información.

En contraste con la afirmación de M. CONDE de que no comercializa vehículos NISSAN, el sitio web corporativo de M. CONDE ofrece en su página de inicio doce pestañas correspondientes a otros tantos concesionarios de distintas marcas, incluyendo actualmente uno de la marca NISSAN, siendo éste precisamente IBERAUTO. En la web corporativa de M. CONDE se señala textualmente *“Actualmente MCONDE está compuesto por: AMS Conde, Ancrisa, Conde Motor, Surmoción, Motor 4 Vientos, Comauto Sur, M.Conde Premium, M.Conde Volkswagen, CONDE - Concesionario Exclusivo del Taxi, **Nasur Motor**, Lexus Valencia, Iberauto, Chuyval Seido y Toyota Valencia”*. [énfasis añadido]

Asimismo, se ha recabado en la inspección de ANT un documento fechado el 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III) que contiene un listado de precios desglosado por cliente y en el que aparecen (además de REICOMSA, SANTOGAL y GAMBOA), NASUR y A6 IBERAUTO la referencia común de NISSAN MADRID TALLER M. CONDE con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado (folio 384).

Esta Sala de competencia constata que las dos mismas personas físicas son accionistas mayoritarios de M. CONDE y MACONDE INMOBILIARIA, S.L., a su vez identificada por IBERAUTO y NASUR MOTOR como controladora 100% de éstas últimas, “dentro del grupo de consolidación M. CONDE”. Hay que señalar que la presunción de que una filial cuyo capital pertenece íntegra o notablemente a una empresa matriz resulta controlada por ésta, no puede ser trasladada sin más para el caso de sociedades hermanas, en el sentido de sociedades participadas por el mismo socio persona física. Para que las sociedades llamadas hermanas puedan ser consideradas responsables solidariamente, no es suficiente que estén participadas por la misma persona o personas, sino que es preciso demostrar además la existencia de una unidad económica de la que deriva la determinación del comportamiento económico en el mercado.⁶⁴ El Tribunal de Justicia ha señalado a su vez que el desempeño por la persona física titular de las participaciones sociales de ambas empresas, de funciones esenciales en los órganos de dirección de las sociedades hermanas es uno de los elementos de prueba de esa unidad económica⁶⁵. En el supuesto que ahora se analiza, las personas físicas administradores de M. CONDE, MACONDE INMOBILIARIA, S.L., A6 IBERAUTO y NASUR MOTOR son además administradores de ambas sociedades y, en el caso de uno de ellos, ostenta adicionalmente el cargo de Director General de M. CONDE.

Esta Sala considera que la común propiedad de las acciones de M. CONDE y MACONDE INMOBILIARIA, y por derivación de NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO, en combinación con el hecho de que las mismas personas ocupen funciones esenciales en los órganos de dirección de tales sociedades, así como la publicitación de NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO desde el sitio oficial de M. CONDE como concesionarios controlados por éste, ponen de manifiesto la concurrencia de la unidad económica exigida por el artículo 61.2 de la LDC y la jurisprudencia comunitaria para derivar responsabilidad solidaria de M. CONDE por la conducta desarrollada por las concesionarias de la marca NISSAN NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO. La posteriormente alegada confusión de titularidades que revelan las primeras respuestas de M. CONDE y NISSAN NASUR MOTOR y A6 IBERAUTO al requerimiento de información relativo a la estructura de propiedad y control de estas expresas es una manifestación adicional de ese control de facto.

Asimismo la Sala entiende que los hechos acreditados, tales como el pago de facturas por los servicios de Cliente Misterioso de ANT⁶⁶ demuestran que

⁶⁴ Sentencia del TPI de 27 de septiembre de 2006, asunto T-43/02, Jungbunzlauer v Comisión.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P y otros.

⁶⁶ Factura de ANT a M.CONDE de febrero, marzo abril y mayo de 2008 recabadas en formato papel en la inspección en ANT (folios 635 a 638). Asimismo, se recabó en formato papel en la inspección en ANT, en el puesto de trabajo de la responsable de administración de ANT un documento (denominado Anexo III), con fecha 29 de mayo de 2013, que contenía un listado con los precios de venta neto por cliente en el que aparecen REICOMSA, SANTOGAL, GAMBOA,

M.CONDE tiene conocimiento directo de la sistemática y metodología de este cártel en lo relativo al sistema de control y supervisión del cumplimiento de los acuerdos.

5.7. Sobre las pruebas propuestas y la solicitud de vista

En sus escritos de alegaciones a la PR, las incoadas han propuesto diversas pruebas. En algunos supuestos se trata de reiteración de pruebas ya propuestas o aportadas en la fase de instrucción.

El artículo 51.1 de la LDC regula la práctica por el Consejo de pruebas solicitadas por las partes, siempre que sean distintas de las practicadas en la fase de instrucción por la DC, o de actuaciones complementarias, bien sean de oficio o a instancia de los interesados, cuando dichas pruebas o actuaciones sean consideradas por el Consejo necesarias para la formación del juicio en la toma de decisión. Ese mismo precepto legal, en su apartado 3, dispone que a propuesta de los interesados el Consejo de la CNC pueda acordar la celebración de vista.

La LDC regula la práctica de pruebas ante el Consejo como un trámite de carácter excepcional. La Ley establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la DC, (*“en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados”*), y la fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DC, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, en el esquema de la Ley 15/2007, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51 LDC). Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, este Consejo ha tenido la oportunidad de señalar (RCNMC de 26 de diciembre de 2013, Expte. S/0423/12 MUNTERS) que entiende que son admisibles sólo aquéllas que tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado, así como, en su caso, las relativas a la dimensión del mercado afectado o la cifra de negocios del imputado (por todas, STS de 26 de septiembre de 1997).

En relación con la solicitud de prueba suscitada en este expediente, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al mismo todos los documentos nuevos

NASUR y A6 IBERAUTO (apareciendo estos dos últimos bajo la referencia de NISSAN MADRID TALLER M. CONDE), vinculados a la realización de estudios de mercado (folio 384).

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.

No obstante, esta Sala considera que ni las documentales incorporadas al expediente ni las pruebas propuestas en las alegaciones a la PR resultan decisivas en términos de defensa. A la vista de la instrucción realizada por la DC y de la documentación acreditativa de las conductas que se imputan disponible en el expediente, esta Sala entiende que todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción están disponibles en el presente expediente y las pruebas adicionales solicitadas no aportan valor añadido en términos de defensa de las incoadas, ni tienen capacidad para alterar la valoración realizada por la DC en su PR.

En particular, respecto de las periciales propuestas, esta Sala no considera que el análisis de los hechos realizado por los informes periciales aportados, para la mejor defensa de la posición de las empresas que encargan tales informes informe, tengan entidad suficiente para contrarrestar la instrucción realizada ni para refutar los hechos acreditados en relación a las conductas colusorias objeto de este expediente. Asimismo, tampoco se consideran oportunas las nuevas periciales y testificales propuestas, o la ratificación de los peritos respecto de sus informes, dada la entidad de la acreditación de hechos, con apoyo en fuentes diversas (documentación recabada en inspecciones y aportada a resultados de los correspondientes requerimientos de información) y análisis realizado por el órgano instructor.

Respecto a la solicitud de vista realizada por algunas de las incoadas (NISSAN), 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 del órgano de instrucción.

5.8. Sobre la solicitud de confidencialidad de información aportada en fase de resolución

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)⁶⁷, 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 conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*

⁶⁷ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

- 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

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> |
|------------------------|---|
|------------------------|---|

| | |
|---------------------|-------------|
| A6 IBERAUTO | 38.705.546 |
| A.N.T. SERVICALIDAD | 828.546 |
| GAMBOA | 48.194.153 |
| IBERICAR REICOMSA | 54.889.861 |
| HORWATH | 1.700.000 |
| NASUR MOTOR | 40.582 |
| NISSAN IBERIA | 387.992.778 |
| SANTOGAL | 42.852.973 |

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 NISSAN vendidos a particulares, a través de concesionarios independientes del fabricante desde enero de 2010 a mayo de 2013.

En cuanto al mercado geográfico afectado, abarca la Comunidad de Madrid. 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 la zona donde se ha desarrollado la conducta han participado todos los concesionarios de la marca NISSAN 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, coordinado por la propia NISSAN IBERIA, en el que se contrató a dos empresas (ANT y HORWATH) para

que organizaran los pactos y evaluaran 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 tipo sancionador general en este expediente debe situarse en el tramo medio-bajo, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

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 (Qashqai, Qashqai 2, Pizo y NV200) 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> |
|-------------------|---|--|
| A6 IBERAUTO | 29.162.767 | 21,4% |
| GAMBOA | 29.884.741 | 21,9% |
| IBERICAR REICOMSA | 40.235.303 | 29,5% |
| NASUR MOTOR | 18.320.861 | 13,4% |
| SANTOGAL | 17.226.862 | 12,6% |

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.

A.N.T. SERVICALIDAD, HORWATH y NISSAN IBERIA constituyen casos particulares, por lo que no se han incluido en la tabla anterior. La ausencia de volumen de negocio de estas empresas en el mercado afectado solo refleja su condición de facilitadores (en los dos primeros casos) y de coordinadora (en el tercer caso) sin actuación directa en el mercado de venta de vehículos a particulares. 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.

6.3. Sanción a imponer a las entidades infractoras

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 (en €) en 2015</i> | <i>Tipo sancionador final (%)</i> | <i>Multa (en €)</i> |
|---------------------|---|-----------------------------------|---------------------|
| A6 IBERAUTO | 38.705.546 | 2,2% | 851.522 |
| A.N.T. SERVICALIDAD | 828.546 | 2,0% | 16.571 |
| GAMBOA | 48.194.153 | 2,2% | 1.060.271 |
| IBERICAR REICOMSA | 54.889.861 | 2,4% | 1.317.357 |
| HORWATH | 1.700.000 | 2,0% | 34.000 |
| NASUR MOTOR | 40.582 | 2,0% | 812 |
| NISSAN IBERIA | 387.992.778 | 0,5% | 1.939.964 |
| SANTOGAL | 42.852.973 | 1,9% | 814.206 |

NASUR MOTOR tuvo una cifra de negocios en 2015 muy inferior a la de las otras empresas, por lo que al aplicar el tipo sancionador que le corresponde resulta una sanción en euros muy reducida.

En el caso de NISSAN IBERIA, el tipo sancionador final que se muestra en la tabla anterior es inferior al que le hubiera correspondido (2,0%) de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción. No obstante, se ha 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.

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)⁶⁸. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicara a esta empresa el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción que se obtendría superaría el límite de proporcionalidad, lo que implica que la sanción corría el riesgo de ser desproporcionada sin un ajuste a la baja del tipo sancionador.

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

⁶⁸ 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.

1. ANT SERVICIALIDAD, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSA desde al menos diciembre de 2009 a mayo de 2013.
2. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos diciembre de 2009 a mayo de 2013.
3. NISSAN IBERIA, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos diciembre de 2009 a mayo de 2013.
4. A6 IBERAUTO, S.L., y solidariamente a M. CONDE, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.
5. GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.
6. IBERICAR REICOMSA, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.
7. NASUR MOTOR, S.L., y solidariamente a M. CONDE, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.
8. SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

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

1. A6 IBERAUTO, S.L., y solidariamente M. CONDE, S.A.: 851.522 euros
2. A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L.: 16.571 euros
3. GAMBOA AUTOMOCIÓN, S.A.: 1.060.271 euros
4. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.: 34.000 euros
5. IBERICAR REICOMSA, S.A.: 1.317.357 euros
6. NASUR MOTOR, S.L., y solidariamente M. CONDE, S.A.: 812 euros
7. NISSAN IBERIA, S.A.: 1.939.964 euros
8. SANTOGAL AUTOMÓVILES, S.L.: 814.206 euros

CUARTO.- Declarar prescrita la conducta respecto de AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., y proceder al correspondiente archivo de las actuaciones.

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 General de Economía y Política Financiera de la Viceconsejería de Economía e Innovación de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid 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 28 de julio de 2016, en el marco del Expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, y al que se adhiere el Il. Consejojero 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 72]*». ***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. 71, 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 tipo sancionador general en este expediente debe situarse en el tramo medio-bajo, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa*».

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 tipo sancionador general en este expediente debe situarse en el tramo medio-bajo***» entonces estamos hablando de algún porcentaje entre, digamos, el 3´4% y el 4´5%.

No hay nada que objetar al hecho de que la valoración subjetiva del «*conjunto de factores expuestos [en las págs. 69-70]*» conduzca a la mayoría de la SALA «*a considerar que el tipo sancionador general en este expediente debe situarse*» 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. 71): « [...] 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?** ¿Cuál es el misterioso «tipo sancionador general correspondiente a la conducta» sobre el que han de tener lugar «*los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa*»? No hay forma de saberlo. Y si eso es desconocido, es imposible saber de dónde salen los porcentajes sancionadores asignados a las imputadas A6 IBERAUTO, GAMBOA, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR y SANTOGAL.

Tampoco se sabe de dónde salen los porcentajes sancionadores de las imputadas restantes: ANT SERVICIALIDAD, HORWATH y NISSAN IBERIA. La *Resolución* afirma que constituyen «casos particulares» porque, debido a «*la ausencia de volumen de negocio de estas empresas en el mercado afectado*» (pág.72), hay que determinar su porcentaje sancionador por un procedimiento distinto al de las demás (cualquiera que ese haya sido). Pero no hay, no digamos ya una explicación, sino ni siquiera una mención, de ese procedimiento «*particular*» para ellas. Simplemente se les asigna a las tres el 2% [¿?]

SEGUNDO.- Dejando a un lado por el momento el caso de NISSAN IBERIA, al que más tarde retornaremos, he ofrecido a la consideración de la SALA una posible fundamentación sancionadora para el caso de ANT SERVICIALIDAD y HORWATH. La siguiente:

«Dado que ANT SERVICIALIDAD y HORWATH –cuya naturaleza se ha descrito en el Apartado EMPRESAS IMPUTADAS Y DELIMITACIÓN DEL MERCADO– no son operadores en sentido estricto en el mercado afectado (pues no venden *vehículos a motor de la marca NISSAN en la Comunidad de Madrid*) ni tampoco asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, 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, por su propia naturaleza, no es un operador en sentido estricto en el mercado afectado.

[...]

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, 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, afectados por idéntico incentivo, piensan 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 actuar como *free rider* hace que el propio cártel sea inviable. Ese *instrumento de control* puede adoptar distintas formas y, como ya hemos señalado (*vid.* Hechos Acreditados), en el caso que nos ocupa el diseñado por A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L y HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P constituye un *modus operandi* muy ingenioso para combatir a los «*free riders*» (el principal elemento desestabilizador de un cartel). Más aún, estas empresas han desarrollado una rama de especialización en esa labor, pues ya han sido involucradas 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 citadas empresas 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 considera que el % sancionador adecuado aplicable a *A.N.T. SERVICALIDAD, S.L* y *HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P* es el [...]%, lo que produce las siguientes multas: a *A.N.T. SERVICALIDAD, S.L.*, [...]€; a *HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.*, [...]€.»

Ignoro el recorrido doctrinal que esta fundamentación –que resulta de la jurisprudencia de la Unión– pueda tener en el ámbito del Derecho español. Pero al menos representa un esfuerzo de fundamentación jurídica y económica para el caso que nos ocupa. Lo que desde luego no encuentro aceptable es asignar un porcentaje sancionador sin explicación alguna.

TERCERO.- Por lo que respecta a la imputada *NISSAN IBERIA*, la Resolución afirma que *«de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción le hubiera correspondido un 2%»* (Pág. 72). No se sabe por qué. Podríamos suponer que se le ha atribuido el misterioso *«tipo sancionador general correspondiente a la conducta»*. Sin embargo, el 2% no puede ser el *«tipo sancionador general correspondiente a la conducta»* porque no pertenece a la parte baja del tramo medio de la escala sancionadora. De modo que tampoco hay forma de saber por qué a *NISSAN IBERIA* *«de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción le hubiera correspondido un 2%»*.

En cualquier caso, ese tipo sancionador del 2% que, según la Resolución, *«le hubiera correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción»* [...] *se ha ajustado a la baja para garantizar que las sanciones impuestas son proporcionales [sic] también en el caso de empresas con un carácter más multiproducto [porque] de acuerdo con las estimaciones [del beneficio ilícito], si se aplicara a esta empresa el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción que se obtendría superaría el límite de proporcionalidad, lo que implica que la sanción corría el riesgo [sic] de ser desproporcionada sin un ajuste a la baja del tipo sancionador»* (Págs. 72 y 73).

¿Y por qué con el tipo sancionador del 2% –y trazabilidad desconocida– *«la sanción que se obtendría superaría el límite de proporcionalidad»*? ¿Y cómo es que con el porcentaje sancionador finalmente asignado (el 0,5%) la sanción resultante (1.939.964€) ya no supera el *«límite de proporcionalidad»*? ¿Con qué criterio de *«proporcionalidad»* (vs. disuasión) está construida la Resolución?

No hay forma de saberlo; y **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)** *cuál es* el beneficio ilícito, y **(b)** 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. 73). Pero 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 NISSAN IBERIA (ni a ninguna de las imputadas). En consecuencia, **nadie** (los administrados, sus representantes legales o yo mismo) puede valorar si, como afirma la **Resolución**, la sanción es desproporcionada aplicando el 2% que «le hubiera correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción», pero resulta proporcionada aplicándole el 0'5%.*

He ofrecido a la consideración de la SALA una alternativa para cubrir esos vacíos de fundamentación. Esa alternativa decía lo siguiente:

« [...] 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 caso 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.

[...]

Pues bien, para comprobar si como resultado de aplicar al volumen de negocios *total/consolidado* el porcentaje sancionador derivado de los Arts. 63 y 64 se produce colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* de la sanción, es necesario conocer 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 un 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 las ventas afectadas*. 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:»

| DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO ILÍCITO | | |
|--|--|--------------------------|
| Empresa | Volumen de las Ventas Afectadas | Beneficio Ilícito |
| NISSAN IBERIA | 8.269.146,33 | 446.533,90 |
| SANTOGAL | 25.258.698,92 | 1.363.969,74 |
| REICOMSA | 44.563.655,58 | 2.406.437,40 |
| GAMBOA | 35.639.045,77 | 1.924.508,47 |
| A6 IBERAUTO | 35.606.213,43 | 1.922.735,53 |
| NASUR | 20.517.799,45 | 1.107.961,17 |

De acuerdo con este resultado, ocurre que la multa impuesta a *NISSAN IBERIA* (1.939964€) es más de **cuatro veces** su beneficio ilícito. Pues bien, en mi opinión esa brecha entre la multa 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 quizá 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. Tal como hemos expuesto más arriba, *«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). Por ello, 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.

CUARTO.- 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*. Creo 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.

Puesto que –a mi juicio– la presente *Resolución* no satisface ese requisito, no puedo, en conciencia, respaldarla.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio y firmo en Madrid, a 28 de julio de 2016.