



Roj: **SAN 5015/2019 - ECLI:ES:AN:2019:5015**

Id Cendoj: **28079230062019100469**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **570/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5015/2019,**
ATS 11170/2020,
STS 2021/2021,
ATS 10113/2021

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000570 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04949/2015

Demandante: HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU (HMES)

Procurador: D^a MERCEDES CARO BONILLA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT SA.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **570/2015**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU**



(HMES), representada por la procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 4.415.116 euros. Como entidad codemandada ha comparecido SEAT SA, representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro y se han personado en los autos Urban Science España SLU, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España, representada por el procurador D. Hanibal Bordallo Huidobro.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

- (a) Declare contraria a derecho y nula la Resolución; o, subsidiariamente
- (b) Declare total o parcialmente nula la sanción impuesta a HMES; y que en todo caso
- (c) Se condene en costas a la CNMC.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos. La entidad codemandada presentó escrito de contestación a la demanda interesando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO .- Una vez practicadas las pruebas admitidas, se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 2 de octubre de 2019, fecha en la que se inició, prolongándose la deliberación en sucesivas sesiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 23 de julio de 2015, expediente administrativo S/0482/13 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNMC), mediante la cual se le impuso a HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU(HMES), una sanción por importe de 4.415.116 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de abril).

La parte dispositiva de dicha resolución concretaba:

"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, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

[...] 10. HYUNDAI MOTOR ESPAÑA, S.L.U., empresa distribuidora de la marca HYUNDAI en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013.

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

[...] 10.- HYUNDAI MOTOR ESPAÑA, S.L.U.: 4.415.116 euros

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

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

1) El 25 de junio de 2013, SEAT SA presentó una solicitud de exención de pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales y del grupo al que pertenece, por la comisión de una infracción del artículo de la Ley de Defensa de la Competencia



() consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España.

2) Como consecuencia de la información aportada por SEAT SA y de la obtenida en las inspecciones realizadas los días 23 a 26 de julio de 2013 en las sedes de TOYOTA ESPAÑA SA, NISSAN IBÉRICA SA, SNAP-ON BUSSINESS SOLUTIONS SL y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL SA, y al considerar que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC el 30 de agosto de 2013, se acordó la incoación del expediente s/0482/13 Fabricantes de automóviles contra las empresas que relacionaba, entre ellas, HONDA AUTOMÓVILES ESPAÑA SA (actualmente HONDA MOTOR EUROPE LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA), por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1LDC, consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidores de vehículos de motor en España.

3) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 5 de mayo de 2014 a las empresas que relaciona la resolución recurrida, el 11 de julio siguiente la Dirección de Competencia (DC), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el 27 de enero de 2015 se notificó el pliego de concreción de hechos a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

4) Con fecha 6 y 9 de marzo de 2015, la DC requirió a las entidades imputadas su cifra de negocios correspondiente a la comercialización de automóviles y prestación de servicios de postventa durante los años en que participaron en los intercambios de información.

5) El 28 de abril de 2015 se notificó la Propuesta de Resolución y presentadas alegaciones y 22 de mayo siguiente la DC elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

6) El 3 de junio de 2015 se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.2 de la LDF, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, la cual tuvo lugar el 3 de junio de 2015, lo que supuso la suspensión del plazo máximo para resolver

7) Con fecha 8 de julio de 2015, la Comisión Europea formuló observaciones escritas en el marco de lo previsto en el artículo 37.2.c) de la LDF.

8) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 23 de julio de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a HYUNDAI MOTOR ESPAÑA, S.L.U. (HYUNDAI) como la sociedad mercantil distribuidora autorizada en España, Gibraltar y Andorra (a excepción de las Islas Canarias, Ceuta y Melilla) de los vehículos automóviles de la marca HYUNDAI, así como de la prestación de servicios de posventa (reparación, mantenimiento y venta de recambios y accesorios oficiales) de la marca HYUNDAI. El domicilio social de HYUNDAI está en C/ Quintanapalla, nº 2, 28050 Madrid. El objeto social de HYUNDAI es, entre otros, la importación, compra, venta y comercialización de todo tipo de vehículos y maquinaria especialmente automóviles y sus complementos, repuestos y suministros.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y el marco normativo aplicable. Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de "la distribución de vehículos de motor de las marcas de automóviles ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, LEXUS, KIA, MAZDA, MERCEDES, MITSUBISHI, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW y VOLVO, distribuidas en España por las empresas CITROEN, B&M, BMW, CHEVROLET, CHRYSLER, FIAT, FORD, GENERAL MOTORS, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, MERCEDES, NISSAN, ORIO, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SEAT, TOYOTA, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA (VAESA) y VOLVO a sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo tanto la venta de automóviles como la prestación de los servicios y actividades de posventa de tales vehículos en España.

Por lo demás, define el mercado geográfico, de ámbito nacional y analiza su estructura, destacando que la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes en las conductas analizadas en este expediente sancionador estaría en torno al 91% de la distribución de los vehículos automóviles en España, incluyendo la casi totalidad de marcas denominadas generalistas y alguna de las denominadas Premium En relación con los servicios de posventa, se señala que son escasos los datos públicos disponibles tanto a nivel europeo como español sobre la actividad económica de este sector, ofreciéndose únicamente en nuestro país la Encuesta Anual de Comercio del INE con datos agregados del mantenimiento y reparación de vehículos de motor o del comercio de repuestos y accesorios de vehículos de motor.



Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, y en concreto, la facilitada por SEAT SA., la obtenida en las inspecciones realizadas los días 23 y 26 de julio en las empresas NISSAN, RENAULT, SNAP-ON y TOYOTA y la aportada en las contestaciones de las incoadas a los requeridos de información.

Las pruebas así obtenidas, de acuerdo con la resolución recurrida, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLÉT, CITROÉN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP+-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

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

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

Y añade que estos intercambios de información confidencial comprendían, por tanto, gran cantidad de datos, tales como (i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes y que todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando 14 del total de las marcas incoadas, en concreto, AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE, en uno de ellos.

Tras valorar las pruebas aportadas en relación a la participación de las empresas en todos o algunos de los intercambios de información descritos, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de la misma Ley, consistente en intercambios de información confidencial, futura y estratégica en la Áreas de gestión Empresarial, Postventa y Marketing entre las empresas incoadas a través de los contactos y las reuniones ente representantes de dichas entidades desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013 y que esa conducta, que se califica como infracción por objeto, se corresponde con la definición legal de cártel. Además. Concluye la CNMC que se ha cometido una infracción única y de carácter continuo dado que de los hechos acreditados se desprende que existía un claro propósito inicial y renovado de intercambiar periódicamente información comercial sensible con objeto de restringir y falsear la competencia en el mercado .

TERCERO .- La representación procesal de HMES reconoce la existencia de los intercambios de información y su participación en el Club de Marcas desde julio de 2011 hasta julio de 2013; en el Foro de Post Venta desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013 y en las Jornadas de Constructores, solo en una ocasión en marzo de 2011. Afirma que originariamente dichos intercambios se referían al mercado de distribución minorista de



vehículos y que posteriormente se ampliaron a los mercados de prestación de servicios de postventa, pero que en ninguno de ellos competía directamente con el resto de las Marcas.

Denuncia que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta el periodo temporal de su participación en los intercambios y que le atribuye algunos en los que no intervino por ser anteriores a su entrada en los distintos foros. Admite haber intercambiado, en el Club de Marcas, información sobre rentabilidad y facturación media y costes medios de muestra de concesionarios heterogéneos de cada una de las Marcas; información sobre remuneración y financiación de vehículos por parte de las Marcas a los concesionarios; medidas para asegurar la viabilidad de los concesionarios y puntualmente, información sobre márgenes comerciales medios de la red sin distinción de modelo, canal de venta o concesionario. Y en el Foro de Postventa, información sobre facturación y ventas de servicios de postventa, aceite, neumáticos, accesorios y otros y en las Jornadas de Constructores, información muy general, una sola vez, sobre campaña de postventa y programas de fidelización que habían llevado en el pasado varias Marcas.

Opone que la CNMC no ha probado la exigencia de un acuerdo entre los Fabricantes ni de la práctica concertada, que los intercambios hayan tenido efectos restrictivos de la competencia y que no hayan tenido eficiencias significativas a favor de los consumidores finales así como mejoras para la comercialización y distribución de automóviles en España.

Añade que la información intercambiada por HMES consistió en magnitudes agregadas pasadas y relativa a determinadas prácticas genéricas que carece de aptitud par restringir el mercado que fue utilizada para una evaluación comparativa pro-competitiva que en cualquier caso les permitió hacer un ejercicio de benchmarking que contribuyó a mejorar el funcionamiento de sus redes de venta y postventa en favor de los consumidores finales, teniendo un efecto positivo en sus sostenibilidad. Manifiesta que la información intercambiada no se refiere a mercados en los que las Marcas sancionadas compitan entre sí y que por tanto, la definición de mercado relevante que efectúa la resolución impugnada es errónea.

Por todo lo expuesto, opone frente a la Resolución recurrida los siguientes motivos de impugnación:

1- Vulneración del derecho de defensa como consecuencia de la denegación de acceso a los documentos de clemencia y del trámite prueba al objeto de presentar el informe económico elaborado por Compass Lexcon con el que pretendía probar que los intercambios de información generan eficiencias y cumplen todos los requisitos de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, que no tenían aptitud para facilitar un acuerdo colusorio, y que las Marcas han continuado compitiendo en publicidad, campañas y lanzamiento de productos nuevos durante el periodo del intercambio de información.

2- No se ha probado la existencia de una práctica concertada porque los mercados a que se refiere la información intercambiada no son susceptibles de una colusión tácita y porque las características de la información intercambiada impiden que aquel genere el más mínimo efecto restrictivo de la competencia al no permitir coordinación comercial alguna en el mercado. En cualquier caso no se ha probado la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE o 1 LDC, 3-

3- Error en la aplicación de la prueba de presunciones.

4- Falta de motivación en la afirmación de que los intercambios de información constituyen una restricción por objeto.

5- Errónea calificación de las conductas como Cártel de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC.

6- Los intercambios no han producido efectos restrictivos de la competencia.

7- Las características de los mercados afectados indican que no es posible que los intercambios tuviesen efectos anticompetitivos.

8- La sanción impuesta a HMES es desproporcionada respecto de las sanciones impuestas a otras Marcas

Por lo demás, para el caso de que se convenga que los intercambios han tenido un efecto anticompetitivo, postula la aplicación de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3TFUE por cuanto contribuyeron a mejorar la producción y la comercialización de bienes y servicios, permitieron a los consumidores participar de manera equitativa en la ventajas que generaron , no impusieron a las empresas restricciones innecesarias para alcanzar los objetivos de sostener las redes oficiales y aplicar mejoras técnicas para competir enérgicamente en el mercado y no han permitid a los Fabricantes excluir la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios afectados.

A todo ello se opone al abogado del Estado en los mismos términos en los que se pronunció la resolución que es objeto del presente recurso.



CUARTO - Ex puestos los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación aducidos por el recurrente, comenzando, por razones de sistemática procesal, por el que denuncia la vulneración del derecho de defensa por la indebida denegación del trámite de prueba solicitado en relación con el informe elaborado por la consultora Lexon Compass y por la denegación de copias de los documentos de clemencia.

Pues bien, por cuanto se refiere a la denegación de las copias de los documentos de clemencia cumple manifestar que HMES tuvo acceso a dicha documentación en sede administrativa, como manifiesta en su escrito de demanda, por lo que ha tenido conocimiento de su contenido sin que la denegación de las copias pretendidas le haya ocasionado indefensión. A lo expuesto cabe añadir que por Autos de 28 de octubre de 2016 y de 4 de septiembre de 2017, esta Sala (Sección Sexta) desestimo la solicitud de la actora de que se ampliara el expediente administrativo con los referidos documentos.

Como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Enero de 2012 (rec.6469/2012), "... según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, lo que difícilmente se produce por la propia existencia de este proceso contencioso administrativo en el que la parte ha podido esgrimir cuantas razones de fondo ha tenido por convenientes para combatir el acto impugnado (véase, por todas, la STC 35/1989)".

De acuerdo con esta doctrina tampoco la recurrente se ha visto privada de su derecho de defensa por la denegación del trámite de prueba solicitado en relación con el informe elaborado por la consultora Lexon Compass puesto que dicho informe fue presentado el 19 de mayo de 2015, en respuesta a la propuesta de resolución y ha sido ratificado en sede jurisdiccional.

QUINTO. - An tes de entra en el examen de las restantes cuestiones planteadas en el presente procedimiento conviene realizar algunas consideraciones sobre la delimitación del mercado afectado.

Como ya hemos consignado, para la resolución sancionadora el mercado afectado viene integrado por "la distribución de vehículos de motor de las marcas de automóviles ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, LEXUS, KIA, MAZDA, MERCEDES, MITSUBISHI, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW y VOLVO, distribuidas en España por las empresas CITROEN, B&M, BMW, CHEVROLET, CHRYSLER, FIAT, FORD, GENERAL MOTORS, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, MERCEDES, NISSAN, ORIO, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SEAT, TOYOTA, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA (VAESA) y VOLVO a sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo tanto la venta de automóviles como la prestación de los servicios y actividades de posventa de tales vehículos en España". Esta descripción del mercado afectado se explica en la resolución recurrida señalando que las referidas mercantiles realizan la distribución mayorista (venta del producto al concesionario) de los automóviles de sus respectivas marcas, que serán distribuidos a nivel minorista (venta al cliente final) por su Red oficial de concesionarios mediante un esquema de distribución selectiva. Cada fabricante establece su red oficial de venta de vehículos, compuesta por la red principal de concesionarios exclusivos, a quienes confiere la responsabilidad directa de la venta y posventa bajo contrato, y que las redes oficiales formadas por fabricantes, distribuidores, concesionarios, subconcesionarios y talleres autorizados constituyen el principal canal de ventas y reparación de los vehículos nuevos, así como de los recambios originales. Añade que sólo el 20- 25% de las piezas son fabricadas directamente por los fabricantes de automóviles, mientras que el 75-80% son compradas a proveedores independientes, actuando los fabricantes de vehículos como ensambladores y distribuidores de dichas piezas a los concesionarios y que actualmente el margen bruto sobre las piezas por parte del fabricante de vehículos es del 60-65%, por lo que constituyen una parte fundamental en la generación de valor para las Redes de concesionarios. Expone que, de acuerdo con dicho sistema de distribución selectiva, el fabricante/distribuidor mayorista (la marca) vende el producto al concesionario/distribuidor minorista, que venderá el automóvil al cliente final en calidad de empresa independiente en nombre y por cuenta propia, y que si bien la fijación del precio de venta final del automóvil es responsabilidad del concesionario, está estrechamente relacionado con la política de remuneración establecida por la marca a su Red de concesionarios. Dicha remuneración se compone de una retribución fija o margen básico, no dependiente de la cantidad de vehículos vendidos por el concesionario y percibido como un menor precio (descuento) del precio pagado por el concesionario a la marca, y una retribución variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica.

Además se explica que la distribución de los automóviles, incluyendo la mayorista al concesionario y la minorista al cliente final, mediante los esquemas de distribución selectiva a través de las Redes oficiales de



concesionarios, se plantea y planifica de un modo único incluyendo la venta de un vehículo y la prestación de un servicio de posventa de los mismos, pues las marcas a través de sus Redes oficiales de concesionarios venden a sus clientes una solución integral de movilidad duradera en el tiempo integrada por la venta de un producto (el vehículo) y la prestación de los servicios necesarios para su buen funcionamiento (servicios de posventa). Explica que de este modo, el cliente final de la venta de un vehículo nuevo o usado se fideliza gracias a las políticas comerciales de posventa y que las marcas son directas competidoras por ganar a los clientes finales de sus Redes de concesionarios, que no sólo adquirirán un automóvil de una marca, sino que recibirán servicios de posventa por los talleres pertenecientes a dicha Red, existiendo una integración estratégica total entre las actividades comerciales de venta y posventa, por lo que, los Directores Generales de las empresas distribuidoras de las marcas de automóviles de los que dependen los Directores de Venta, Posventa y Marketing entre otros, son los responsables de la fijación de una estrategia comercial única para todas las actividades comerciales desarrolladas por su empresa y que, por ello, un buen servicio de posventa contribuye muy positivamente al índice de recompra de vehículos de la marca por parte de los clientes, puesto que un usuario de un vehículo de una determinada marca que está satisfecho con el servicio posventa que recibe es más probable que vuelva a comprar un vehículo de la misma marca y, por tanto, deviene un cliente más fiel y más rentable. Y precisa que, en el contexto de la crisis económica, las políticas comerciales de las marcas de automóviles se han orientado hacia los servicios de posventa dado que la evolución de los ingresos derivados de la posventa presenta un componente anti cíclico que compensa la caída de ingresos por las menores ventas.

Pues bien, la Sala considera correcta la delimitación del mercado afectado que realiza la resolución sancionadora. Como se reconoce en la Propuesta de Resolución, es cierto que, en principio, los fabricantes-distribuidores no compiten directamente entre sí en el mercado de postventa de vehículos, pero también lo es la existencia de una evidente relación entre el mercado de venta y los servicios de postventa que las marcas realizan a través de sus redes oficiales de concesionarios y talleres autorizados, como consecuencia de la organización conjunta de ambos y de la presencia de los fabricantes de vehículos como proveedores en ambos mercados que determina que los precios de los servicios de postventa impacten en la venta de automóviles. Existe, por tanto, una integración estratégica entre las actividades comerciales de venta y las actividades de posventa que justifica su integración en un mismo mercado de producto relevante.

Por otra parte, han sido las propias empresas sancionadas las que con sus conductas han determinado el carácter complementario de ambos mercados - el de venta y el de posventa- ya que intercambiaron información relativa a ambos mercados puesto que eran conocedores del impacto que en la venta de automóviles en una época de crisis económica tenían los precios ofrecidos en los servicios de posventa de tal manera que las dinámicas competitivas de uno y otro influyen entre si cuando, además, los fabricantes de automóviles eran proveedores en ambos mercados.

Por lo demás interesa recordar que esta vinculación ha sido expresamente reconocida en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 20105, Asunto T-325/01Daimler Chrysler AG, en el que se afirma que la diferenciación entre la distribución minorista(venta) y servicio de postventa es artificial y no se corresponde con la realidad económica por cuanto la esta última tiene por objeto promover las ventas dadas las expectativas del cliente final que desea disponer de una red de mantenimiento para el vehículo que compra.

Para terminar cumple manifestar que la complementariedad entre los dos mercados es reconocida por las propias Marcas sancionadas. A título de ejemplo podemos citar el escrito de alegaciones de Toyota (folios 26020 a 26127 del expediente) en el que manifiesta que "...A medida que se agravaba la crisis económica y se reducía la demanda de vehículos nuevos, la tipología de la información intercambiada y su grado de detalle fue incrementándose, centrándose especialmente en el intercambio de prácticas tendentes a mejorar la rentabilidad de los concesionarios, vinculadas tanto a la venta como a la postventa". En el mismo sentido, en el escrito de alegaciones de Fiat (folios 25838 a 25907) se afirma que "los intercambios de información han permitido mejorar sus políticas de red a corto plazo en un contexto de crisis y gran incertidumbre para tomar decisiones estratégicas, como potenciar la prestación conjunta de los servicios de venta y reparación(postventa) en su red de concesionarios". En esta misma línea, Nissan, alegó que los servicios de postventa son prestados por los concesionarios como complemento de su actividad de distribución y constituye una parte relevante de los ingresos de los concesionarios y contribuye a la valoración de la rentabilidad y viabilidad de las redes. Por su parte, Ford manifestó en su escrito de alegaciones que la postventa es de vital importancia para la mejora de la sostenibilidad de talleres y concesionarios oficiales.

SEXTO.- Recordemos que el artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101.1 del TFUE prohíben las prácticas concertadas o colusorias que tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia. Es cierto que los citados preceptos no se refieren de forma expresa a los intercambios de información entre competidores como



prácticas prohibidas, pero también lo es que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de la competencia por objeto, que por sus características deben ser considerados como cárteles.

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

1. Información estratégica:

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

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

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

2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura

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

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

3. Información desagregada

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

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

4. Frecuencia del intercambio de información

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

5. Información de datos públicos o privados



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

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

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

SEPTIMO. - Corresponde ahora analizar si la información intercambiada entre las empresas fabricantes de automóviles reúnen esas características.

La mercantil recurrente no niega su participación en el intercambio de información pero refiere que, en ningún caso, ese intercambio podía ser constitutivo de un acuerdo colusorio.

Dicho esto, con carácter previo cumple recordar que, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13 , *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174y175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"*. Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012 , cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que *"... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan"*.

Pues bien, en el caso examinado, el examen de los documentos obrantes en las actuaciones acredita que varias empresas, que representaban un alto porcentaje del mercado afectado (en torno al 91%) actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo, participando en intercambios de información, que además se mantuvieron, de forma periódica y durante un periodo prolongado de tiempo y que versaron sobre datos recientes y actualizados, con alto nivel de desagregación y homogeneización, entre otras muchas otras materias, referidos a estrategias de red y organización empresarial (folios 54 a 56 expediente administrativo), sobre las rentabilidades de las redes (folios 1273 a 1279), reducción de costes y de stocks de vehículo nuevo y usado (informe interno reunión de 14 de octubre de 2008, folios 47 a 51), sobre descuentos y sobre precio franco fábrica que aplica cada marca en factura a sus concesionarios y rápeles (correo de Honda de 19 de septiembre de 2011- folios 1104 y 1105-), y sobre el sistema de retribución de los concesionarios y en concreto sobre el peso, en términos porcentuales asignado a la retribución fija y variable a los concesionarios



(cuantitativa en términos absolutos y relativos, cualitativa, así como otros aspectos como el Rápel Almacén o la prima calidad de taller); sobre el sistema de bonus, la financiación de las campañas, sobre los sistemas de verificación de objetivos, sobre financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios, elaborándose para ello un fichero Excel denominado "Comparativa Sistema de Remuneración", en el que se incluía un casillero a rellenar por cada una de las Marcas (folio 8373 y 620 a 626 y folios 5.442 a 1564 y 12.209 del expediente administrativo). En abril de 2012 las marcas intercambiaron las cifras de los márgenes comerciales que imputan a sus redes comerciales. (folio 10.029 y reunión de 19 de abril de 2012- folios 2237 a 2340 y 10.270 y 15.232-15233), véase también folios 14.443 a 15464 y correo de 12 de septiembre de 2012 remitido sobre remuneración en VN de la R2, folio 15.479 y folio 15.313 expediente administrativo)

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

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

Por lo demás, y entre otros muchos, constan acreditados intercambios sobre acciones financieras (folios 107, 119 a 129) sobre acciones para asegurar la viabilidad de la red de concesionarios (folio 107), sobre programas de reducción de costes (folio 249), información sobre estrategias y políticas de marketing relacionados con la postventa , sobre campañas y programas de fidelización y/o recuperación de clientes, datos relativos a seguros, garantías de neumáticos, contratos de mantenimiento y programas de carrocería, pintura o gestión de coches de sustitución (folios 1659 a 1662 y 15.469, 15475 y 15471 a 15472 del expediente administrativo). Entre los intercambios sobre medidas financieras *adoptadas con la finalidad de incrementar la liquidez de la red de concesionarios, podemos citar el folio 98 del expediente en el que consta: "CITROEN, PEUGEOT y FIAT han realizado el esfuerzo financiero de adelantar el pago del Plan 2000 E; HONDA ha disminuido la presión del stock de demos y cortesía; FIAT ha abierto una línea de Póliza de Tesorería (Max. 150.000 euros) y TOYOTA para la financiación de VO; CHEVROLET ha desarrollado un plan de incentivos de campaña; KIA paga las campañas con una periodicidad de 4 veces al mes".*

OCTAVO.- Interesa también destacar que, en el caso que examinamos, la existencia de previo acuerdo y de un plan preconcebido resulta acreditado por la forma de actuación de las sancionadas, que se comunicaban por correos electrónicos mediante los cuales, en un principio, las propias empresas organizaban reuniones en las que ponían en común la información suministrada y proponían la información a intercambiar. Posteriormente, el carácter preconcebido y organizado resulta patente como consecuencia de la intervención de consultoras que organizaban las reuniones y canalizaban y ponían en común la información suministrada por las participantes, al tiempo que aseguraban el secreto y la confidencialidad de las mismos.

Ha quedado además probado en las actuaciones que las marcas sancionadas revelaban su información privada a cambio de recibir información de la misma índole por parte las demás (véase correo electrónico obrante al folio 107 del expediente administrativo en el que se admite la presencia de Mazda, Suzuki y Honda a las reuniones a condición de que también compartan información y folio 11.127 expediente). Además, articularon medidas de protección para impedir que terceras empresas pudieran acceder a la información facilitada y para preservar su carácter secreto. Así consta que, en concreto Honda, propuso en un correo electrónico de 20 de abril de 2012" *dejar de intercambiar información por correo electrónico y hacerlo en papel en las reuniones periódicas que celebraban y referenciando los datos y las marcas a letras y números, si bien las marcas conocerían dicha equivalencia, tras los comentarios de FORD y RENAULT sobre la multa impuesta por la CNC a MONTESA-HONDA y SUZUKI por intercambiar información comercial, anunciando que no volvería a notificar por correo electrónico información confidencial de su empresa"* (folio 10.287 expediente administrativo). El carácter secreto de los intercambio de información, característico del cártel, queda evidenciado también en varias de las comunicaciones que obran en el expediente, pudiendo citar el correo electrónico de Fiat a Chevrolet, Citroën, Ford, Honda, Kia, Nissan, Opel Peugeot, Renault, Seat. ?koda, Toyota y VW, recabados en la inspección realizada en la sede de Snap-On (folios 8722 y 8723). Así. en la reunión de 23 de marzo de 2011 (folios 76 a 78 y 82 a 104 expediente) los asistentes acordaron poner una letra a cada marca y



proponer a Urban y Snap-On que no tomen apuntes y que se comprometieran a no difundir los datos. Podemos también destacar el correo electrónico remitido por Honda a Citroën, Chevrolet, Fiat, Ford, Kia, Nissan, Opel, Peugeot, Renault, Seat, ?koda, Toyota y VW proponiendo que la información relativa a descuentos aplicados al precio franco fábrica de cada una de las marcas fuera intercambiada por teléfono por la especial delicadeza de la naturaleza de la misma. Además, la prueba documental obrante en autos acredita que las empresas participantes eran conocedoras del carácter ilícito de los citados intercambios y de forma expresa, la ilicitud de los intercambios fue puesta de manifiesto en el correo interno de NISSAN de 9 de marzo de 2012 (folio 9894), en el que se dice que "cualquier intercambio de información de precios, tanto minoristas como mayoristas supone una infracción grave de la ley de defensa de la competencia. En el último expediente tramitado por la Comisión Nacional de la Competencia en un intercambio de precios similar al que se plantea han recaído dos sanciones de 2 millones de euros para cada una de las empresas implicadas. El simple hecho de intercambiar emails sobre este tipo de cuestiones ya supone en sí mismo un alto riesgo. Por tanto, mi recomendación legal es abstenerme del intercambio planteado".

En el mismo sentido, en la reunión de 23 de octubre de 2012 los directivos de las empresas distribuidoras de las marcas, miembros del Club de Marcas, analizaron la posible ilicitud de los intercambios de información realizados a raíz de la decisión de algunas de ellas no presentes en la reunión de no volver a asistir a las mismas ni no compartir más información, acordando continuar con los intercambios pero adoptando medidas para reforzar su carácter secreto, como cambiar la denominación de las reuniones.(folios 240 a 252) .

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

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

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

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

NOVENO.- A lo dicho cabe añadir que la calificación como cartel de los intercambios sancionados, que en todo caso resulta de la calificación de aquellos como infracción por el objeto, no resulta desvirtuada por la Disposición Adicional 4 de la LDC, que define el concepto de cártel a los efectos de la LDC, en la redacción vigente en la fecha de la resolución sancionadora ahora recurrida como: " 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 cualquier caso entendemos que la enumeración contenida en la mencionada Disposición Adicional de la LDC no es de carácter cerrado ni de interpretación restrictiva. El artículo art. 62 LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención del artículo 1 de la LDC. En esa concepción del sentido de la mencionada disposición adicional cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas



fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones". Esta interpretación resulta avalada por la posterior redacción dada a la citada Disposición Adicional Cuarta por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. (BOE- A-2017-5855) vigente desde el 27 de mayo de 2017, en la que el cártel aparece definido como "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.

DÉCIMO.- En contrándonos ante una infracción por el objeto, no puede prosperar el motivo de impugnación que denuncia que la CNMC ha incumplido con la carga de probar los efectos restrictivos de la competencia de los intercambios de información.

Como nos enseña la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2019 (ROJ: STS 259/2019 - ECLI:ES:TS:2019:259), una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado ya que, por su propia naturaleza, son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por el Tribunal Supremo (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers,).

Por esta razón carece de transcendencia el informe pericial aportado por la recurrente para acreditar que los intercambios no produjeron efectos anticompetitivos en el mercado, sin perjuicio de los efectos mitigadores que dichas circunstancias puedan tener por lo que a la graduación de la sanción respecta.

UNDÉCIMO.- Aduce la parte recurrente que, en el caso examinado, concurren las condiciones de aplicación de la exención del artículo 1.3 de la LDC de 2007 y del artículo 101.3 TFUE.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia "la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

La redacción del precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea

De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

- a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y
- d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones, que son acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos



o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción.

Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Además el nexo causal entre acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias, que pueden de ser costes, o cualitativas deben ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias., esto es las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a éstos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Así las cosas, examinaremos la prueba aportada por la parte recurrente, constituida por el informe elaborado Compass Lexecon. En este informe, por lo que ahora nos interesa, se afirma que el intercambio de información ayudó a algunas marcas a reducir los costes de los concesionarios e incrementar su rentabilidad. Añade que la teoría económica predice que, en mercados competitivos con importantes economías de escala, estas reducciones de costes de los concesionarios se traducen en una mayor intensidad competitiva y una reducción del precio de venta final y que el análisis de los datos aportados refleja una caída del precio medio de venta en España durante el periodo de intercambio de la información mientras que se ha producido un incremento de precio medio en otros países afines de la zona euro. Por todo ello concluye que la información intercambiada era apta para generar eficiencias, aumentó la rentabilidad de los concesionarios que se tradujo en mayores descuentos a los consumidores finales y en una reducción de los precios finales.

Pues bien, a la vista del contenido del referido informe debemos concluir que no ha quedado acreditada la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC por las razones que pasamos a exponer. El aumento de la rentabilidad de los concesionarios no presupone necesariamente la mejora de la producción o la distribución de los productos ni el fomento del progreso técnico o económico. No se ha probado que los intercambios de información fueran indispensables para conseguir el objetivo de mejorar la rentabilidad de los concesionarios y que no existiera otro modo económicamente viable de lograrlo. Tampoco se explica con el suficiente detalle que la bajada de los precios de los vehículos tenga como causa directa e imprescindible los intercambios de información y que, por tanto, el nexo causal entre los intercambios de información y las eficiencias alegadas sea directo.

Tampoco podemos estimar que los intercambios tuvieran por finalidad un ejercicio de benchmarking por las razones que acabamos de exponer y por el carácter estratégico y comercialmente sensible de los datos suministrados por las Marcas participantes.

DUODÉCIMO.- Como hemos adelantado, opone la representación procesal de HNES que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta el periodo temporal de su participación en los intercambios y que le atribuye algunos en los que no intervino por ser anteriores a su entrada en los distintos foros.

La Sala de Competencia entiende que el hecho de que los intercambios de información se hubieran realizado en el marco de foros distintos (Club de Marcas, Foro de Directores de Posventa y Jornadas de Constructores) no impide apreciar la unidad de la infracción, puesto que ha quedado acreditado que tales intercambios de información estratégica relativos a cifras, márgenes y resultados de las redes de concesionarios de las marcas y actividades de posventa, se realizaron en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, utilizando con la misma finalidad infractora similares métodos, constituyendo una vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Para dar adecuada respuesta a este motivo de impugnación debemos recordar la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia que ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua que parten de un presupuesto irrenunciable, como es la existencia de un plan único de actuación conjunto de las distintas entidades implicadas. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en el que se indica que: *"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto»*



debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/AnicPartecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)". De acuerdo con esta misma jurisprudencia, en estos casos, la circunstancia de no haber participado en todos los elementos constitutivos de una práctica concertada, únicamente tiene consecuencias en relación con su grado de participación en el acuerdo y con su responsabilidad por este aspecto del acuerdo.

Así lo avala el Tribunal de Primera Instancia de 17 de mayo de 2013 del Tribunal General Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie que en sus apartados 59 y ss precisa que:

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

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

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

Entre las más recientes, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013 sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"156 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba 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 infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43)."



Pues bien, en el caso que examinamos, es cierto que la CNMC en la resolución sancionadora agrupa la información intercambiada entre los fabricantes de automóviles en tres ámbitos de actuación propios de su gestión empresarial: venta, postventa y marketing. Sin embargo, ello no implica que deban verse como ámbitos de actuación autónomos entre sí; al contrario, forman parte del mismo mercado de producto y, además, están interrelacionados ya que persiguen una misma finalidad económica como es salvaguardar de la crisis económica a las redes oficiales de concesionarios. La propia parte recurrente manifiesta en su demanda que conocía la existencia de los intercambios de información previos a su participación y que, en concreto en el denominado Club de Marcas se intercalaron datos relativos a postventa.

La reorganización por parte de la CNMC de la información intercambiada en ámbitos concretos de la gestión empresarial no implica que cada uno de ellos tenga su propia autonomía a los efectos de valorar el comportamiento de las empresas participantes y, especialmente, a la hora de enjuiciar la existencia de una infracción única y continuada dada la interconexión existente.

Por ello, compartimos con la resolución dictada por la CNMC que el intercambio de información analizado cualquiera que haya sido el ámbito de comunicación -bien el Club de Marcas, bien el Foro de Postventa o bien las Jornadas de Constructores- encaja en el concepto de infracción única y continuada por cuanto se trataba de un plan común de las empresas participantes dirigido a una única finalidad económica para la fijación de variables determinantes de la actuación en el mercado como eran, entre otras: la rentabilidad y facturación de sus redes de concesionarios desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; estructura de las redes de concesionarios; política de financiación de los vehículos realizadas por las redes de concesionarios; campañas de marketing al cliente final; programas de fidelización de sus clientes; facturación de piezas de recambio y accesorios (neumáticos y aceite).

Estamos, por tanto, ante una infracción que se califica como única y continuada lo cual implica que pueda sancionarse a las empresas por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no hayan participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de intercambio de información salvo que hayan manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común, sin perjuicio de que de que en cada caso en concreto se especifique el periodo de participación de cada una de las empresas a efectos de la graduación de la sanción de multa, como así ha sucedido en el caso de la recurrente.

DÉCIMOTERCERO. - Para terminar denuncia la parte recurrente que la sanción impuesta a HMES es desproporcionada respecto de las sanciones impuestas a otras Marcas. Expone que HMES que atendiendo a su cuota de mercado, el importe de su sanción es el octavo más alto de la tabla y que hay otras doce empresas con una cuota mayor y solo 7 de ellas tienen multas superiores, ocupa la novena posición en términos del importe de su sanción y que hay doce empresas también sancionadas cuya cuota de mercado en 2013 fue superior. Añade que también atendiendo a la duración de la infracción cometida, a HMES es a quien más caro le sale su participación en la infracción pese a que se incorporó a los intercambios de información en 2010 y que la sanción que le ha sido impuesta es más alta que la de General Motors y la de Ford y que la de Volvo. Por lo demás reitera que no se ha tenido en cuenta las fechas en las que se incorporó a cada foro y la falta de efectos restrictivos sobre la competencia.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación hemos de recordar que la infracción sancionada se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

La individualización de la sanción a cada uno de los sujetos responsables se efectúa tomando en consideración la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, que está relacionada directamente tanto con el volumen del mercado afectado por la infracción como con la duración de la conducta de cada empresa. A tal efecto las empresas responsables fueron requeridas para que aportaran el valor del mercado afectado por la conducta en cada caso, esto es, el valor correspondiente a la comercialización de automóviles de cada marca y la realización de otras actividades de postventa (como la comercialización de las piezas y recambios originales para los automóviles de la marca), según corresponda a la imputación cada una de ellas, entendiéndose que la mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales. Siendo ello así, considera la resolución recurrida conforme al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas 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 durante el tiempo en que ésta resulta acreditada.

Además, se ha reducido el porcentaje aplicado a las empresas cuya conducta haya tenido una duración inferior a la media, y particularmente cuando ésta haya sido inferior a los 36 meses y en la individualización de cada sanción se ha atendido a la participación de las mercantiles en los tres, en dos o en uno de los esquemas de intercambio de información (Club de marcas, Foro de Postventa y Jornadas de Constructores). También se ha también tomado en consideración el hecho de que algunas marcas se hayan retirado de todos o algunos de los foros en los que participaban (CITROÉN, FORD, MERCEDES y PEUGEOT respecto del foro de Postventa; BMW, GENERAL MOTORS, HONDA y TOYOTA respecto del Club de Marcas; y KIA, MAZDA, SEAT y VOLKSWAGEN respecto de ambos).

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

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2014 (464.749.000 euros, en el caso de la actora), el tipo sancionador (0,95%, para HUNDAY) y la multa correspondiente (4.415.116 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

DÉCIMOCUARTO.- En cuanto a la motivación, nos remitimos a lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC , además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica en sensible y estratégica en los mercados de distribución de vehículos de motor de las marcas de automóviles ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, LEXUS, KIA, MAZDA, MERCEDES, MITSUBISHI, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW y VOLVO, distribuidas en España por las empresas CITROEN, B&M, BMW, CHEVROLET, CHRYSLER, FIAT, FORD, GENERAL MOTORS, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, MERCEDES, NISSAN, ORIO, PEUGEOT, PORSCHE, RENAULT, SEAT, TOYOTA, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA (VAESA) y VOLVO a sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo tanto la venta de automóviles como la prestación de los servicios y actividades de posventa de tales vehículos en España.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración del cártel y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance, características del mercado afectado, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- que llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 0,95 %.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003 , donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común(antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma



procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C- 194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante. El sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

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

Por lo demás cumple manifestar que la vulneración del principio de proporcionalidad no puede reducirse a una mera comparación entre el importe de las sanciones impuestas a las distintas sancionadas sin atender a los factores de corrección que la propia resolución reconoce haber aplicado.

Y para terminar debemos reiterar que HMES ha sido sancionada por su participación en una infracción única y continuada de manera que el periodo de participación de cada una de las empresas en los intercambios de información ha sido tomado en consideración a efectos de graduación de la sanción de multa.

DECIMOQUINTO.- Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por **HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU (HMES)**, representada por la procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 4.415.116 euros, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 08/01/2010 doy fe.