



Resolución R 5/2012 - Ventas de vehículos Citroën a colaboradores da marca

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 28 de febreiro de 2013.

O Consello Galego da Competencia (CGC), coa composición arriba expresada e sendo relator D. Fernando Cachafeiro García, ditou a seguinte Resolución nos Expedientes S 15/2010, S 18/2011 e S 19/2011 que traen a súa causa nas denuncias presentadas por Talleres Abreu, SL, Talleres Mopefer, SL e Talleres Cahersa, SL contra Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, e Núñez Motor, SL, respectivamente, por supostas prácticas restritivas da competencia, de conformidade coa *Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE FEITO

1. Con data 1 de outubro de 2010, Talleres Abreu presentou un escrito ante a Comisión Nacional da Competencia (CNC) no que se poñían de manifesto unhas condutas supostamente restritivas da competencia na comercialización de vehículos da marca Citroën.
2. En data do 14 de outubro, a Dirección de Investigación da CNC remitiu a denuncia ao Servizo de Defensa da Competencia da Consellería de Facenda da Xunta de Galicia, no marco da colaboración non reglada.
3. O 27 de outubro, o Servizo Galego de Defensa da Competencia solicitou á entidade denunciante que presentase información unha denuncia asinada polo representante legal da empresa, xunto con determinada información complementaria.
4. O 30 de decembro de 2010, Talleres Abreu presentou a documentación requirida, a cal motivou a apertura dunha investigación reservada, primeiro polo Servizo e, posteriormente, pola Subdirección de Investigación do Consello Galego da Competencia. No seu transcurso, enviáronse requirimentos de información á fábrica de Citroën en Vigo e aos concesionarios e axentes desta marca. Posteriormente, Talleres Mopefer presentou escrito de denuncia contra Núñez Motor e Talleres Cahersa fronte a Comercial Automoto, concesionarios cos que manteñen, respectivamente, un acordo de colaboración comercial.
5. En datas de 8 e 30 de setembro de 2011, a Subdirección de Investigación do CGC, nos termos previstos polo art. 49 LDC, acordou a incoación de



- tres expedientes sancionadores por presunta infracción da Lei de defensa da competencia, consistente na prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, vixente entre os tres concesionarios denunciados e as súas axentes.
6. En datas de 8 e 30 de agosto, a Subdirección de Investigación do CGC remitiu á Comisión Nacional da Competencia nota sucinta sobre asignación da competencia para a tramitación das denuncias de Talleres Mopefer e Talleres Cahersa, respectivamente. Con data de 20 de setembro, a Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia comunicou a súa opinión de que os expedientes debían ser tramitados polo consello Galego da Competencia, ao tempo que solicitaba que se teña a CNC como parte interesada nestes.
 7. O 23 de setembro, a Subdirección de Investigación acordou a ampliación do acordo de incoación para incluír como parte interesada á Comisión Nacional da Competencia.
 8. O 10 de outubro de 2011, a Subdirección de Investigación acordou a acumulación dos tres expedientes incoados, ao apreciar que presentan "*identidade substancial ou íntima conexión*" nos termos do art. 29 do Regulamento de defensa da competencia (RDC).
 9. Durante a fase de información reservada, a Subdirección de Investigación enviou requirimentos de información ao Centro de Vigo de PSA Peugeot-Citröen, en data do 15 de xuño de 2011, aos concesionarios e aos 74 axentes da marca en Galicia, por carta do 27 de xuño de 2011.
 10. O 8 de xuño de 2012, a Subdirección de Investigación formulou o Prego de Concreción de Feitos, segundo dispón o art. 50.3 LDC, no que se recollen os antecedentes fácticos que se consideran constitutivos dunha infracción dos artigos 1 e 2 do mencionado texto legal.
 11. En data do 28 de xuño, formularon alegacións Talleres Abreu e Talleres Mopefer. O día 29 de xuño, presentaron alegacións Talleres Cahersa e a Dirección de Investigación da CNC. O 2 xullo recibíronse as alegacións de Gabisa Automoción, Núñez Motor e o 6 de xuño as de Comercial Automoto, nas que se solicita a práctica de determinadas probas adicionais, así como a celebración de vista ante o Pleno do Consello Galego da Competencia.
 12. O 5 de xullo comunicouse á Subdirección de Investigación que Talleres Abreu atópase en situación de concurso de acredores, ditando o Xulgado do Mercantil núm.3 de Pontevedra, Auto de apertura da fase de liquidación.



13. En data do 4 de setembro, a Subdirección de Investigación formulou Proposta de Sanción, ao amparo do art. 50 LDC, na que considera que os tres concesionarios denunciados incorreron en dúas infraccións moi graves da LDC: un abuso de posición dominante prohibido polo art. 2 LDC e unha conduta colusoria entre os concesionarios, sancionada polo art. 1 LDC.
14. O 20 de setembro, a Dirección de Investigación da CNC presentou alegacións á Proposta de Sanción. O 25 de setembro formularon alegacións as tres mercantís denunciadas. O 2 de outubro presentou alegacións Comercial Automoto. O día 10, Gabisa Automoción e Núñez Motor. O escrito de alegacións de Gabisa Automoción acompáñase dun Informe Pericial realizado pola Profesora Ana M^a Tobío Rivas relativo aos contratos de axencia subscritos por esta.
15. En data do 27 de novembro, o Pleno do Consello Galego da Competencia adoptou un acordo de recualificación xurídica a considerar que a prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, vixente entre os concesionarios da zona de Vigo e as súas axentes, pode constituír unha restrición vertical da competencia, contraria ao artigo 1 da LDC.
16. En data do 22 de decembro de 2012 presentou alegacións ao acordo de recualificación a Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia. Os días 26 de decembro de 2012 e 4 e 9 de xaneiro de 2013 recibíronse as alegacións de Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor, respectivamente.
17. O Pleno de Consello Galego da Competencia deliberou sobre este asunto na súa reunión do 26 de febreiro de 2013.
18. Son interesados, no presente expediente, os seguintes:
 - Talleres Abreu
 - Talleres Mopefer
 - Talleres Cahersa
 - Comercial Automoto
 - Gabisa Automoción
 - Núñez Motor
 - Comisión Nacional da Competencia



FEITOS PROBADOS

19. Conforme ao Prego de Concreción de Feitos notificado ás partes e reproducido no Informe e Proposta de Resolución elevado ao Pleno do Consello Galego da Competencia, considérase acreditados e relevantes para a resolución deste expediente os feitos seguintes:

I. As partes

a) Denunciantes

20. Talleres Abreu, SL é unha sociedade mercantil domiciliada en Vigo e dedicada á compravenda de vehículos, accesorios e repostos, así como á súa reparación. Talleres Abreu subscribiu con Gabisa Automoción, concesionario da marca Citroën, un contrato denominado "Contrato de axente Citroën" na virtude da cal participa na venda de vehículos novos da marca Citroën por conta do mencionado concesionario, a cambio dunha comisión.

21. Talleres Cahersa, SL é unha sociedade mercantil igualmente domiciliada en Vigo e con idéntico obxecto social. Talleres Cahersa subscribiu un contrato de colaboración, idéntico ao anterior, co concesionario Citroën Comercial Automoto.

22. Talleres Mopefer, SL é unha sociedade mercantil, con idéntico domicilio e obxecto social que as anteriores, que subscribiu un contrato denominado de axencia co concesionario Citroën Núñez Motor, tamén idéntico aos anteriores.

b) Denunciadas

23. Gabisa Automoción, SL é unha sociedade mercantil, con domicilio en Vigo e obxecto social consistente na "importación, exportación, comercialización, distribución, servizos post venda, aluguer e reparación" de vehículos. Gabisa Automoción é concesionario oficial Citroën en Vigo.

24. Comercial Automoto, SA, con domicilio en Vigo e similar obxecto social á anterior, é tamén concesionario oficial de Citroën en Vigo.

25. Núñez Motor, SL é unha sociedade mercantil con domicilio en Vigo e similar obxecto social que as anteriores, que tamén é concesionario oficial de Citroën en Vigo.



II. Marco normativo relevante

26. O Regulamento (UE) 330/2010, do 20 de abril de 2010, relativo á aplicación do artigo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas (Regulamento de Restricións Verticais) contempla unha exención por categorías para os acordos de natureza vertical que cumpran determinadas condicións. O Regulamento complementábase cunhas *Directrices relativas ás restricións verticais* (Directrices de Restricións Verticais).
27. As restricións verticais son acordos ou prácticas concertadas celebradas entre dous ou máis empresas. Cada empresa opera, para os efectos do acordo, nunha fase económica diferente, no que se refire á entrega, á compra de bens destinados á revenda ou a transformación e á comercialización de servizos. Os acordos verticais regulan as condicións nas que as partes poden comprar, vender ou revender determinados bens ou servizos.
28. O Regulamento (UE) 461/2010, do 27 de maio de 2010, relativo á aplicación do artigo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas no sector dos vehículos de motor (Regulamento do Motor) prevé unha exención para determinados pactos no mencionado sector. O texto legal distingue claramente entre os acordos relativos á distribución de vehículos novos e os acordos relativos aos servizos postventa (que comprenden os servizos de reparación e subministración de recambios), de maneira que os primeiros se someten ao marco xeral do Regulamento de Restricións Verticais, mentres que aos segundos se aplica a exención prevista no Regulamento do Motor.
29. Tendo en conta que o presente asunto alude á comercialización de vehículos novos e non aos servizos postventa, o réxime xurídico relevante é o previsto no Regulamento de Restricións Verticais ao que aludiremos nos apartados seguintes.

III. Sector económico

30. O sector afectado polas condutas que son obxecto de análise neste expediente sancionador é o da comercialización de vehículos a motor, sector no que se produce a competencia entre os axentes e os concesionarios da marca Citroën.
31. Dentro da comercialización de vehículos a motor, a investigación levada a cabo neste expediente unicamente afecta á venda dos vehículos fabricados por Citroën aos colaboradores da marca e os seus familiares e non ao resto de vehículos que tamén son fabricados por Citroën e vendido ao público en xeral, os cales, á súa vez, presentan unhas condicións de comercialización diferentes ás que se ofrecen aos colaboradores da marca.



32. Dende o punto de vista xeográfico, a negativa a participar nas vendas a colaboradores nunha política posta en práctica polos tres concesionarios oficiais da marca Citroën máis próximos á fábrica que Peugeot Citroën Automociones de España, SA ten en Vigo (Pontevedra) e as súas axentes, de aí que este sexa o marco xeográfico afectado polo acordo.

33. Na provincia de Pontevedra, existen varios concesionarios e axentes Citroën, dispersos por toda a súa xeografía, incluíndo os municipios próximos a Vigo. No seguinte gráfico a mostras os concesionarios Citroën da provincia, con indicación da localidade na que se atopan e a rede de axentes que utilizan.

Táboa I. Concesionarios e axentes Citroën en Pontevedra

CONCESIONARIO	AXENTES
Dalonga (Vilagarcía de Arousa)	Portas e fillos (Cambados); Zacande Auto (Meis); Besán Automoción (Padrón); Tall. Elmacar (Cuntis); Tall. Ruco (OU Grove)
Celestino Abreu e Fillos, SL (Pontevedra)	Tall. Balagones (Marín); Tall. Liño Mariño (Pontecaldelas); Tall. Davisán (Bueu); Tall. Meca-Poio (Poio); T. Tobal-Móbil (Cangas do Morrazo); Hmnos. Míguez Rivas (Forcarei)
Comercial Automoto, SA (Vigo)	Codelauto, S.A. (A Garda); Rodrimovil, S.L. (OU Porriño); Sesnova, S.L. (Tui); Talleres Hermindo, S.L. (Ponteareas); Talleres Cahersa, S.L. (Vigo); Talleres Miño De Salvaterra, S.L. (Salvaterra de Miño); Talleres Caselas, S.L. (Salceda de Caselas); Socios. Delaut. Tall. Sabincar, S.L. (Vigo)
Núñez Motor, SL (Vigo)	Talleres Mopefer, S.L. (Gondomar)
Gabisa Automoción, S.L. (Vigo)	Talleres Abreu, S.L. (Vigo), Talleres Condado, S.L. (Mondariz); Amando Lorenzo Soto, S.L. (Redondela)



IV. Feitos

34. As vendas a colaboradores son unha modalidade especial de venda na que o fabricante facilita aos seus traballadores un cupón mediante o cal poden adquirir, para si ou para os seus familiares, un automóbil da marca en condicións vantaxosas.
35. Tradicionalmente, Peugeot Citroën Automociones de España efectuaba as vendas a colaboradores na propia fábrica, se ben -a principios de 2009- decidiu deixar a devandita tarefa á súa rede comercial de concesionarios.
36. Os concesionarios de automóviles válese habitualmente dunha rede de axentes para a comercialización de automóviles, os cales non teñen relación ningunha co fabricante.
37. A maioría das vendas a colaboradores da marca Citroën en Galicia efectúanse na provincia de Pontevedra, ao atoparse en Vigo a fábrica de Peugeot Citroën Automociones de España e, conseguintemente, residir na zona a maioría dos seus traballadores.
38. Nos acordos de colaboración subscritos entre os tres concesionarios e os seus axentes contéplase unha prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores (traballadores e familiares destes), tal e como recoñecen as propias mercantís denunciadas. A restrición de vendas a estes clientes particulares inclúe non só as denominadas vendas activas ("aproximación activa a clientes individuais ou grupos de clientes"), senón tamén as vendas pasivas ("resposta a pedidos non solicitados activamente"), nos termos que as definen as Directrices de Restricións Verticais.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: Obxecto da resolución

39. O presente expediente ten por obxecto analizar se a prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, vixente entre tres concesionarios da zona de Vigo (Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor) e as súas axentes (Talleres Abreu, Talleres Cahersa Talleres Mopefer e, respectivamente) pode constituír unha restrición vertical da competencia, contraria ao artigo 1 da LDC.

Segundo: Cuestións previas

40. Antes de pasar a examinar o fondo do asunto, é necesario aludir a dúas cuestións previas invocadas por Gabisa Automoción e Comercial Automoto relativas á vulneración do principio de non discriminación e a falta de



motivación do Acordo de recualificación xurídica adoptado polo Pleno do Consello Galego da Competencia.

41. Os concesionarios citados entenden que existe discriminación polo feito de que a pesar de existir catro concesionarios Citroën na zona de Vigo, o expediente sancionador se incoara "unicamente" fronte a tres deles. A razón pola que non se incoou expediente contra Celestino Abreu e Fillos, SA é que a instrución efectuada pola Subdirección de Investigación permite colexir que o devandito concesionario non estableceu co seu axentes unha prohibición para participar nas vendas a colaboradores. En efecto, nas respostas aos requirimentos de información enviados aos axentes do mencionado concesionario, a metade deles declaran ter liberdade para intermediar nesta clase de vendas. Ademais, dous dos tres axentes que afirmaron non poder realizalas, Talleres Davisan, SL e Talleres Dobal Móvil, SL, venderon -non obstante- vehículos a colaboradores entre 2009 e 2011, tal e como se desprende da información facilitada por Peugeot Citroën Automociones de España. Non existe, pois, discriminación ningunha, sen prexuízo de que -con carácter xeral- non poida falarse dun dereito á igualdade na ilegalidade.
42. Respecto á alegación de indefensión, debe recordarse que a recualificación xurídica é un instrumento expresamente admitido na Lei de defensa da competencia naqueles supostos nos que o órgano encargado da resolución, aínda que estima pertinente a instrución realizada polo órgano *ad hoc*, non comparte non obstante a cualificación xurídica que realiza das condutas. Dispón o artigo 51.4 LDC que o Pleno do CGC, cando "estime que a cuestión sometida ao seu coñecemento puidese non ser cualificada debidamente na proposta da Dirección de Investigación, someterá a nova cualificación aos interesados e a esta para que no prazo de quince días formulen as alegacións que consideren oportunas". Neste sentido, o Tribunal Supremo (véxase a sentenza do 30 de xaneiro de 2012, entre outras) recórdanos que o acordo de recualificación "pode incluír unha distinta selección ou configuración dos feitos constitutivos dunha infracción administrativa, sempre que se cumpran dúas condicións ás que xa nos referimos: que se trate das mesmas condutas investigadas e, polo tanto, que os feitos agora delimitados como constitutivos da infracción se atopen entre os que figuran no expediente sancionador e que non se produza indefensión material de ningún tipo".
43. Consecuentemente, entendemos que non houbo vulneración do dereito de defensa tendo en conta que o Pleno do Consello Galego da Competencia, partindo dos feitos acreditados na instrución realizada pola Subdirección de Investigación, considera que non estamos en presenza dun acordo horizontal entre os concesionarios, nin dun suposto abuso dunha posición dominante colectiva, senón ante unha restricción vertical da competencia e, máis concretamente, "dita práctica pode constituír unha restricción da clientela, tanto na modalidade de vendas activas como pasivas, nos termos



previstos polo 4 do Regulamento (UE) nº 330/2010 da Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas e que -consecuente- pode non estar amparada pola exención prevista no mencionado texto legal."

Terceiro: Denegación de probas adicionais e celebración de vista

44. Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor solicitaron a práctica de determinadas probas adicionais, así como a celebración de vista por parte do Pleno do Consello Galego da Competencia.
45. En relación coa primeira cuestión, non consideramos necesaria a práctica das probas adicionais propostas polos interesados -aínda que si se admitiu o informe pericial presentado- dado que, como subliñou a Comisión Nacional da Competencia, "a nova Lei 15/2007, no seu obxectivo de redución dos prazos de resolución de expedientes, que pasaron de 2 anos a 18 meses, buscou consecuentemente unha simplificación dos procedementos en pleno respecto da seguridade xurídica, suprimindo aqueles trámites duplicados e concentrando a fase probatoria no período de instrución. É potestativo do Consello (o Pleno, no noso caso) polo tanto, ordenar que se realicen probas adicionais, que deben ter un carácter excepcional e só na medida en que sexan necesarias para a formación do seu xuízo na resolución do expediente ". (Resolución do 24 de Setembro de 2009, Expte. 2805/07. *Empresas Estibadoras*, FJ 4º). Pois ben, tras analizar as probas propostas chegamos á conclusión de que non achegaban nada novo ao relato de feitos que constitúen o substrato do expediente, polo que resulta innecesario duplicar os trámites unha vez culminada a fase de instrución.
46. En canto á vista, convén recordar que a súa celebración é unha facultade do Pleno do Consello Galego da Competencia, que poderá exercer cando a considere axeitada para o exame e axuízamento do obxecto do expediente (artigo 51.3 LDC), o que entendemos non sucede no presente asunto toda vez que, en liña co xa exposto respecto á solicitude de práctica de probas adicionais, non existen extremos no expediente que precisen dunha contrastación contraditoria máis alá da que consta documentalmente no expediente. Por outro lado, tampouco parece oportuna a ratificación na vista do ditame pericial achegado por unha das partes, pois o mesmo non versa sobre os feitos controvertidos senón sobre cuestións xurídicas a valoración definitiva das cales en vía administrativa corresponde e é responsabilidade deste órgano.



Cuarto: Acreditación das condutas obxecto do expediente

47. Peugeot Citroën Automociones de España é nunha sociedade mercantil pertencente ao grupo PSA á que pertencen os centros de fabricación de Vigo (Pontevedra) e Villaverde (Madrid) nos que se fabrican vehículos das marcas Citroën e Peugeot. A comercialización dos vehículos destas marcas realízase a través das sociedades Automóviles Citroën España, SA e Peugeot España SA e as súas respectivas redes de distribución, que os venden aos usuarios finais. Non obstante, segundo informa no seu escrito do 4 de xullo de 2011, Peugeot Citroën Automociones de España resérvase as vendas de vehículos aos empregados do Grupo PSA e os seus familiares.
48. Segundo se desprende do escrito mencionado, tradicionalmente as vendas a colaboradores realizábanse na propia fábrica. A partir do 2 de febreiro de 2009, Peugeot Citroën Automociones de España decide contar coa asistencia da súa rede comercial tamén para este tipo de vendas, as cales pasan a efectuarse do modo seguinte. A fábrica emite un bono coas características do vehículo que se entrega ao colaborador da marca que desexa adquirilo. Posteriormente, a entrega física do vehículo realízase nos puntos da rede de distribución comercial que "libremente elixa o empregado ou familiar". A cambio da súa colaboración na entrega do vehículo, "o concesionario recibe unha remuneración", menor que a que obtén no caso das vendas ordinarias.
49. Peugeot Citroën Automociones de España permite a toda a súa rede comercial participar neste tipo de vendas, de maneira que o cliente é libre para elixir o distribuidor no que adquire o seu vehículo "en función das dispoñibilidades de vehículos, a súa proximidade ou calquera outro motivo". Peugeot Citroën Automociones de España non mantén relación contractual ningunha coa rede de axentes dos seus concesionarios, polo que tampouco incide na liberdade destes para participar nas vendas a colaboradores.
50. Os concesionarios Citroën Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor non permiten aos seus axentes Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer, respectivamente, participar na modalidade vendas a colaboradores da marca. Así o recoñeceron os tres concesionarios denunciados, os cales admiten que a prohibición é absoluta e comprende, polo tanto, non só as vendas activas, senón tamén as pasivas.
51. Gabisa Automoción non nega que prohibise ás súas axentes vender vehículos a un tipo especial de clientes, os colaboradores da marca, senón que xustifícaa co dobre argumento de que, nesta modalidade de vendas, a comisión que aboa o fabricante é reducida e o axente non achega valor na venda. Pola súa banda, Comercial Automoto declara que Talleres Cahersa



"coñece (a súa) política sobre vendas a colaboradores" polo que se desexa efectualas o invita a concertar cun "concesionario de Gijón ou Santander que lle permita realizar vendas colaboradores". Finalmente, Núñez Motor recoñece expresamente esta prohibición de vender a determinados clientes ao afirmar que "a realidade é que no contrato suscrito por (este) co seu único axente (Talleres Mopefer) pactouse expresamente que non devengar nestes casos de entrega de vehículos a colaboradores comisión ningunha".

52. En definitiva, á vista da documentación obrante no expediente, resultou acreditada a prohibición de vender (activa ou pasivamente) vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, vixente entre os tres concesionarios da zona de Vigo denunciados e as súas axentes.

Quinto: Carácter colusorio

53. O artigo 1.1 LDC establece a prohibición de "todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional".
54. As restricións verticais son acordos ou prácticas concertadas celebradas entre dous ou máis empresas. Cada empresa opera, para os efectos do acordo, nunha fase económica diferente, no que se refire á entrega, á compra de bens destinados á revenda ou a transformación e á comercialización de servizos. Os acordos verticais regulan as condicións nas que as partes poden comprar, vender ou revender determinados bens ou servizos.
55. No presente asunto, os pactos entre os concesionarios e os seus axentes teñen natureza vertical por canto "se refiren ás condicións nas que as partes poden adquirir, vender ou revender determinados bens ou servizos" (art. 1 a) do Regulamento de Restricións Verticais). Dáse a particularidade, non obstante, de que as dúas partes se dedican á distribución dos vehículos elaborados polo fabricante Citroën, se ben os axentes denunciados son, á súa vez, distribuidores do distribuidor da marca (o concesionario oficial) e se atopan, polo tanto, nunha fase económica diferente.

a) Colusión

56. A prohibición de acordos colusorios en lexislacións de defensa da competencia apoia-se nun concepto moi laxo de acordo, de tal forma que é suficiente con que as empresas implicadas expresaran a súa vontade común de comportarse dun determinado xeito no mercado, carecendo de importancia a concreta forma na que se manifesta ou expresa esa concordancia de vontades.



57. Gabisa Automoción sostén que o contrato subscrito con Talleres Abreu non alude ás vendas especiais a colaboradores, polo que considera que non existiu pacto ningún entre o concesionario e a súa axente. Entende, así mesmo, que o feito de que Talleres Abreu interpuxera a denuncia que motivou a apertura do presente expediente, acredita que o devandito acordo non tivo lugar. En definitiva, a política de non permitir que os axentes interveñan nas vendas a colaboradores responde "a unha decisión unilateral do concesionario non a ningún acordo". Na mesma liña, Comercial Automoto sostén que os contratos de axencia non consideran "en absoluto" as vendas a colaboradores.
58. No caso dos acordos verticais, a xurisprudencia dos tribunais comunitarios reconece que a proba da concertación resulta máis difícil á vista da estreita relación que une ás empresas participantes. Así na Sentenza *Volkswagen II* (de 3 de decembro de 2003, Asunto T-208/01), na que se axuíza unha restrición da competencia entre concesionarios baseada en descontos, o Tribunal de Primeira Instancia afirma que: "en determinadas circunstancias, medidas adoptadas ou impostas de xeito aparentemente unilateral polo fabricante no marco das relacións continuas que mantén cos seus distribuidores consideráronse constitutivas dun acordo no sentido do artigo 81 CE, apartado 1 (hoxe art. 101.1 TFUE) (sentencia *BMW Belgium*, apartados 28 a 30; sentenza *AEG*, apartado 38; sentenza *Ford*, apartado 21; sentenza *Sandoz*, apartados 7 a 12; sentenza *BMW*, apartados 16 e 17, e sentenza *Bayer*, apartado 70). Desta xurisprudencia resulta que deben distinguirse os supostos nos que unha empresa adoptou unha medida verdadeiramente unilateral (...) daqueles outros nos que o carácter unilateral é só aparente. Se ben os primeiros non están incluídos no artigo 81 CE, apartado 1, os segundos han de considerarse constitutivos dun acordo entre empresas (...). Tal é o caso, en particular, das prácticas e as medidas restritivas da competencia que, *aínda sendo adoptadas de forma aparentemente unilateral polo fabricante no marco das súas relacións contractuais cos seus distribuidores, contan non obstante coa aquiescencia, polo menos tácita, destes últimos* (sentencia *Bayer*, apartado 71)". En definitiva, é necesaria "a existencia dunha aquiescencia, expresa ou tácita, por parte dos demais axentes económicos cos que mantén relacións contractuais, á actitude adoptada polo fabricante" (apdos. 34 y 35).
59. No caso que vimos comentando, o TPI estimou que non resultara acreditada a aquiescencia dos distribuidores porque, en esencia, non constaba que se aplicasen *in situ* as directrices da marca (apdos. 38 y 54). Nesta liña argumental, o Tribunal de Primeira Instancia alcanzou a conclusión contraria no caso *Volkswagen I*, é dicir, que si existira colusión, na medida en que "as iniciativas do fabricante produciran efecto, que os concesionarios italianos deran a súa conformidade a estas e, por conseguinte, que se negaran a vender os seus clientes estranxeiros. En



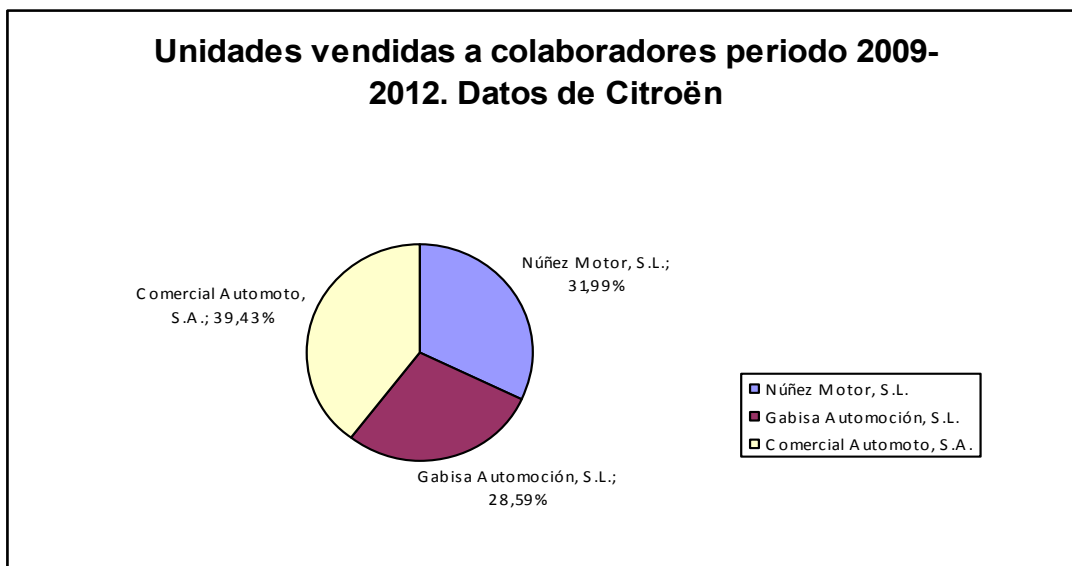
consecuencia, en aquel asunto non cabía albergar dúbida ningunha de que os concesionarios aceptaran as iniciativas de Volkswagen contrarias á competencia" (apdo. 53)".

60. En parecidos termos, véxase a resolución da Comisión Nacional da Competencia, do 16 de novembro de 2012, no Expediente S/0300/10, Mazda Automóviles de España).

61. A aplicación da doutrina precedente ao caso que se nos presenta lévanos á conclusión de que existiu un pacto entre os concesionarios e as súas axentes dado que a exclusión dos axentes das vendas a colaboradores se aplicou na práctica ("in situ", en palabras do Tribunal de Primeira Instancia) durante o período examinado. En efecto, os concesionarios denunciados efectuaron todas e cada unha das vendas a colabores, sen que ningún das súas axentes participase nestas. Nas táboas elaboradas pola Subdirección de Investigación na súa Proposta de Resolución,ponse de manifesto que, dende a data de adopción do acordo colutorio ata a denuncia presentada por Talleres Abreu, as mercantís Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor realizaron todas as vendas a colaboradores. A Táboa II elaborouse cos datos achegados por Peugeot Citroën Automociones de España e a Táboa III a partir das informacións enviadas polos concesionarios. Ambas as dúas expresan as unidades ou importes totais así como porcentualmente. As referencias á porcentaxe de unidades vendidas ou aos beneficios obtidos por cada concesionario fanse en relación aos tres concesionarios obxecto do presente expediente. Os datos achegados polo fabricante e polos concesionarios conteñen discrepancias en canto ao número total de unidades vendidas a colaboradores en todo o período examinado. Malia o cal, as porcentaxes de vendas son moi parecidas, lindando o 30%, como se deduce dos gráficos circulares. Tanto Comercial Automoto como Núñez Motor superan o 30%, mentres que Gabisa Automoción alcanza o 28% do total.

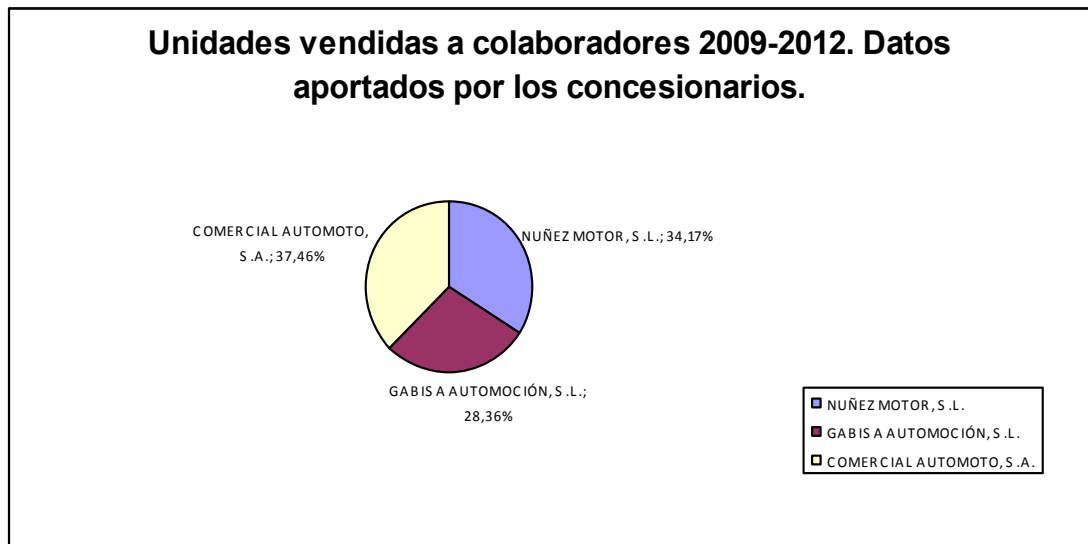
Táboa II. Ventas a colaboradores
Datos facilitados por Peugeot Citroën Automociones de España

	2009 (feb. - dec.)		2010		2011		2012 (ata 13 mai.)		TOTAL PERÍODO	
	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%
Núñez Motor	Confidencial									31,99%
Gabisa Automoción	Confidencial									28,59%
Comercial Automoto	Confidencial									39,43%
Total vendas	Confidencial									100,00%



Táboa III. Ventas a colaboradores
Datos facilitados polos concesionarios

	2009 (feb. - dec.)		2010		2011		2012 (ata 13 mai.)		TOTAL PERÍODO	
	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%
Nuñez Motor	Confidencial									34,17%
Gabisa Automoción	Confidencial									28,36%
Comercial Automoto	Confidencial									37,46%
Total Ventas	Confidencial									100,0%





62. Por outro lado, debe salientarse que, en opinión de Núñez Motor, a prohibición de participar nas vendas a colaboradores esta expresamente prevista no "Contrato de Axente Citroën", o contido da cal é idéntico para todas as partes. Como xa tivemos ocasión de sinalar, no escrito de alegacións de Núñez Motor afirmase literalmente o seguinte: "a realidade é que no contrato subscrito polo meu demandante co seu único axente se pactou expresamente que non devengar neses casos de entrega de vehículos a colaboradores comisión ningunha". Consecuentemente, segundo esta liña de opinión, as partes pactaron no contrato unha prohibición indirecta de vendas, na virtude da cal non se prohíbe directamente vender a un tipo concreto de clientes, senón que meramente se desincentiva ao impedir que se cobre unha comisión por estas actividades.

63. En virtude de todo o anterior, cabe concluír que o pacto colusorio imposto *a priori* polos concesionarios aos seus axentes, foi posto en práctica coa total aquiescencia destes, sen a cal non fose posible que no período examinado non se producise ningunha venda a colaboradores por parte dos axentes dos concesionarios da marca, todo iso sen prexuízo de que se poida considerar tamén expresamente recollida no contrato, polo menos de xeito indirecto.

b) Natureza xurídica da relación que media entre denunciante e denunciadas

64. A prohibición do artigo 1 LDC non se aplica cando entre os participantes nun acordo media unha relación de axencia, tal e como a define o Regulamento de Restricións Verticais. A razón de ser da devandita exclusión reside no feito de que axente e principal non son dous empresarios independentes, pois o primeiro depende do segundo, de aí que non poida falarse dun acordo entre dúas empresas, senón dunha "unidade económica". Debe advertirse, con carácter previo, que o concepto de axencia que se utiliza en Dereito da competencia non coincide coa noción de axente da Lei de contrato de axencia e é independente da cualificación da relación xurídica que empreguen as partes.

65. Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor alegan que a relación que lles une con Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer, os seus "axentes" segundo a denominación que lles outorgan as partes, é unha relación de axencia no sentido do Dereito da Competencia.

66. Segundo reiterada xurisprudencia dos tribunais comunitarios (véxase, por todas, a Sentenza do Tribunal de Primeira Instancia, do 15 de setembro de 2005, no Asunto T-325/01 - Daimler Chrysler AG v. Comisión Europea, apdos. 86 e 87) "a xurisprudencia mostra que (a noción de unidade económica) non se limita aos casos nos que as sociedades manteñan



relacións de matriz a filial, senón que inclúe así mesmo, *en certas circunstancias, as relacións entre unha sociedade e o seu representante comercial ou entre un comitente e o seu comisionista*. En efecto, ao aplicar o artigo 81 CE (hoxe 101 TFUE), a cuestión de se un comitente e o seu intermediario ou «representante comercial» forman unha unidade económica e este é un órgano auxiliar integrado na empresa daquel, é importante para determinar se un comportamento está comprendido no ámbito de aplicación do devandito artigo (...) No acontece o mesmo cando os acordos entre o comitente e as súas axentes atribúen ou deixan a estes funcións que economicamente se asemellan ás dun comerciante independente, por contemplar a asunción polo intermediario dos riscos financeiros vinculados á venda ou á execución dos contratos celebrados con terceiros (véxase, neste sentido, a sentenza Suiker Unie e outros/Comisión). Así pois, declarouse que *os axentes só poden perder a súa condición de operadores económicos independentes cando non soportan ningún dos riscos resultantes dos contratos negociados polo comitente e operan como auxiliares integrados na empresa do comitente (véxase, neste sentido, a sentenza Volkswagen e VAG Leasing)*".

67. Por conseguinte, para que un axente poida ser considerado un empresario dependente, é preciso que non soporte ningún dos riscos resultantes dos contratos negociados polo principal, neste caso, nos contratos de compravenda de vehículos que negocian por conta do principal. Pola contra, se o axente asume riscos significativos derivados dos devanditos contratos, trátase dun empresario independente, os pactos do cal co principal se consideran acordos aos efectos de aplicar o Dereito da competencia.
68. As Directrices de Restricións Verticais recollen os criterios que, segundo a xurisprudencia comunitaria, permiten concluír que un axente soporta o risco comercial ou financeiro das actividades encomendadas polo principal e, conseguintemente, é empresario independente: *a) a propiedade dos bens non lle é transmitida e non contribúe aos custos de subministración ou adquisición (custos de transporte, por exemplo); b) non mantén, correndo con custos e riscos, as existencias, e pode devolver sen recarga o non vendido; c) non asume responsabilidade fronte a terceiros polos danos causados polo produto nin polo incumprimento do contrato ante os clientes; d) non está obrigado a inverter en promoción de vendas nin realiza investimentos específicos en equipos, locais e persoal; e e) non realiza outras actividades no mesmo mercado de produto por conta propia pero baixo requirimento do principal. É suficiente que o axente incorra nalgún dos custos mencionados, para que sexa considerado un empresario independente sometida á prohibición do artigo 1 LDC.*



69. Os concesionarios obxecto do expediente alegan, basicamente, que Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer non son empresas independentes dos seus principais por canto non ostentan a propiedade dos bens obxecto do contrato, non contribúen aos custos relacionados coa súa subministración, nin aos derivados do almacenamento do stock. Os tres circunstancias mencionadas son indicativas, en efecto, de que o axente non asumiría o risco da operación. Non obstante, non é menos certo que os talleres asumen outros riscos concretos cando venden de vehículos da marca Citroën por conta dos seus principais, o que permite concluír que son empresarios independentes destes últimos.
70. En concreto, as Directrices de Restricións Verticais dispoñen que non considera axente -entre outras circunstancias- ao empresario que "realice investimentos especificamente destinados ao mercado en equipos, locais ou formación de persoal (...) a menos que estes custos sexan reembolsados polo principal". No caso que se nos presenta, a cláusula 4.1 do "Contrato de Axente Citroën" dispón que "para atoparse en condicións de cumprir os compromisos (que lle impón o contrato), o Axente Citroën determinará e instalará, de conformidade co Concesionario e no marco da política, os medios máis axeitados ás características da súa empresa". Consecuentemente, do tenor literal do contrato despréndese que o axente está obrigado a instalar na súa empresa os medios que resulten máis adecuados para cumprir coa súa obriga de vender vehículos da marca por conta do principal, de acordo coas instrucións que para estes efectos lle facilite o Concesionario. En definitiva, Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer están obrigados contractualmente a adaptar a súa empresa ás esixencias derivadas da venda de vehículos, sen que en ningún momento se prevexa que os gastos da devandita fixación ou instalación sexan sufragados polo concesionario.
71. Tampouco ten a consideración de axente, segundo as Directrices, aquelas empresas que "este(a) (n) obrigada(s), directa ou indirectamente, a investimento en promoción de vendas". Sobre o particular, a cláusula 4.2 do contrato sinala que "o Axente disporá do persoal e da organización técnica e administrativa necesarios. Aplicará os métodos comerciais recomendados polo Concedente e asegurará a formación do seu persoal seguindo as instrucións deste último, ao efecto das cales o Concesionario comunicará ao Axente Citroën os citados métodos e instrucións". Por conseguinte, resulta indubidable que Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer teñen a obriga de realizar investimentos na formación de persoal que vai participar na venda, xunto coa mellora da súa organización interna destinada ao devandito fin. En suma, os denominados axentes Citroën realizan investimentos destinados a mellorar a promoción das vendas, seguindo instrucións do principal, pero sen que os primeiros asuman os riscos derivados dos devanditos investimentos.



72. Fronte aos devanditos argumentos, Núñez Motor alega que os talleres non teñen obrigas específicas de inversión e que só as efectúan "cando así o desexen". Non podemos compartir a devandita argumentación por canto abonda unha simple lectura do contrato, no que se utiliza a forma imperativa dos verbos, para comprobar que as cláusulas mencionadas non teñen, en modo ningún, carácter dispositivo para os axentes.
73. Núñez Motor sostén, así mesmo, que as Directrices, no seu apartado 15, exclúen os investimentos en locais ou persoal como factores a ter en conta para determinar se o axente soporta os riscos das operacións. O argumento non se sostén pois o mencionado apartado só exclúe os gastos en locais ou persoal, entre outros, na medida en que teñan a consideración de riscos relacionados coa prestación de "servizos de axencia en xeral", cuestión esta que non se discute no presente asunto. Téñase en conta, para estes efectos, que a letra f) do apartado 16 expresamente alude aos investimentos en locais ou persoal.
74. A Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia alega que as relacións entre os concesionarios e os seus axentes teñen a natureza de axencia, se ben non ofrece razóns de ciencia que nos permitan valorar a devandita apreciación. En concreto, chama poderosamente a atención que esa Dirección de Investigación non concrete cáles son, ao seu xuízo, os riscos que asumen os talleres denunciados e que permiten considerar que son dependentes dos concesionarios. Por outro lado, resulta tamén sorprendente que a Dirección de Investigación aprecie con tanta rotundidade que existe unha relación de axencia no caso que se nos presenta, cando o Consello da Comisión Nacional da Competencia -órgano encargado de resolver os procedementos instruídos por esta- non emitiu ningunha resolución -polo menos, ningunha que coñezamos- na que aplicara a excepción prevista para os axentes no Regulamento de Restricións Verticais.
75. As Directrices de Restricións Verticais declaran que "se o axente incorre nun ou varios dos riscos ou custos mencionados (...) o acordo entre o axente e o principal non terá a cualificación de acordo de axencia" aos efectos do Dereito da competencia. Do exposto anteriormente, conclúese que Talleres Abreu, Talleres Cahersa e Talleres Mopefer incorren, polo menos, en dous dos custos indicados nas Directrices, polo que son empresas independentes de Gabisa Automoción, Comercial Automoto e Núñez Motor e, por ende, os acordos adoptados entre estas están sometidos ao Dereito da Competencia.



Sexto: Acordo non amparado polo Regulamento de Restricións Verticais

76. O parágrafo cuarto do artigo 1 LDC dispón que a prohibición contida no seu parágrafo primeiro non se aplica aos acordos, decisións, ou recomendacións colectivas, ou prácticas concertadas ou conscientemente paralelas que cumpran as disposicións establecidas nos Regulamentos comunitarios relativos á aplicación do artigo 101.3 do TFUE.
77. O Regulamento de Restricións Verticais establece unha exención por categorías na virtude da cal os artigos 101.1 TFUE e, por extensión, o 1.1 LDC non resultan de aplicación aos acordos verticais que cumpren os requisitos establecidos na devandita normativa. As Directrices de Restricións Verticais, pola súa banda, describen a formulación seguida polas autoridades de competencia en relación cos acordos verticais non cubertos polo Regulamento.
78. O Regulamento de Restricións Verticais establece os requisitos que un acordo vertical en particular debe cumprir para considerarse exento da prohibición do artigo 101.1 TFUE. Entre outras circunstancias, esíxese que o acordo non conteña ningunha das restricións especialmente graves previstas. O Regulamento de Restricións Verticais contén cinco restricións especialmente graves que levan á exclusión de calquera acordo do seu beneficio, mesmo se a cota de mercado do provedor e do distribuidor son inferiores ao 30%. É máis, a Comisión Europea considera que, con carácter xeral, a presenza dunha restrición especialmente grave non só impide que se poida aplicar o regulamento, senón tamén permite colexir que os acordos verticais que as conteñen incumpren as condicións do artigo 101, apartado 3, do TFUE e, por ende, están prohibidos.
79. No que agora nos interesa, a segunda restrición especialmente grave prevista no Regulamento de Restricións Verticais (letra *b*) do art. 4) alude ás restricións relativas ao territorio onde, ou os clientes aos cales o distribuidor pode vender porque supoñen a división do mercado por territorio ou por cliente. Os distribuidores deben ser libres para decidir onde e a quen venden. As restricións relativas a territorios ou clientes poden ser consecuencia de obrigas directas, como a obriga de non vender a determinados clientes, pero tamén poden ser consecuencias de medidas indirectas destinadas a inducir ao distribuidor a non vender a estes clientes, como a denegación de primas, a negativa de subministracións, etc. (véxase o parágrafo 50 das Directrices de Restricións Verticais).
80. No presente asunto, quedou acreditado que os tres concesionarios obxecto do expediente e as súas axentes manteñen unha política que non permite aos segundos participar na modalidade de vendas denominada "vendas a colaboradores da marca". Consecuentemente, atopámonos ante un suposto de restrición de vendas a determinadas categorías de clientes na medida



en que Talleres Abreu, Talleres Mopefer e Talleres Cahersa non poden vender os bens obxecto do contrato a un tipo de clientes en particular, formado polos colaboradores da fábrica e os seus familiares.

81. O Regulamento de Restricións Verticais permite, excepcionalmente, que se impoñan aos distribuidores restricións territoriais ou de clientes en determinadas circunstancias, contempladas nos apartados *i)* a *iv)* da letra *b)* do art. 4. Así, entre outras, o apartado *i)* permite "a restrición de vendas *activas* no territorio ou ao grupo de clientes reservado en exclusiva ao provedor (...)", mentres que a restrición de vendas pasivas está prohibida (véxase apartado 51 das Directrices de Restricións Verticais). Esta regra admite, á súa vez, excepcións que non resultan de aplicación no presente expediente no que o principal limita as vendas pasivas a usuarios finais¹.
82. Como nos recordan as Directrices de Restricións Verticais (apdo. 51), por vendas activas enténdese "a aproximación activa a clientes individuais (...)" ou a aproximación activa un grupo de clientes". Son vendas pasivas "a resposta a pedidos non solicitados activamente procedentes de clientes individuais, incluída a entrega de bens ou servizos aos devanditos clientes".
83. A restrición vertical que vimos examinando comprende tanto as vendas activas como as pasivas e, conseguintemente, non está amparada pola exención prevista no apartado *i)* da letra *b)* do art. 4 do Regulamento de Restricións Verticais. En efecto, tal e como recoñecen os tres concesionarios denunciados, a Talleres Abreu, Talleres Mopefer e Talleres Cahersa non se lles só prohibiu a aproximación directa a determinados clientes individuais (venta activa), senón tamén a resposta a pedidos non solicitados activamente, procedentes de clientes individuais (vendas pasivas). É dicir, os axentes denunciados non poden vender vehículos aos colaboradores da marca que se presenten no seu local co bono expedido polo fabricante para participar nesta modalidade de vendas.
84. En definitiva, a prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, vixente entre os concesionarios da zona de Vigo e as súas axentes, constitúe unha restrición da clientela, tanto activa como pasiva, que exclúe a aplicación da exención do Regulamento de Restricións Verticais ao acordo que vimos considerando.

¹ Esta regra admite, en efecto, determinadas excepcións recollidas nos apartados *ii)* a *iv)* da letra *b)* do art. 4 do Regulamento de Acordos Verticais. Así, se permite ao fabricante restrinxir as vendas, non só as activas, senón tamén as pasivas, nos tres casos seguintes: a) aos seus almacenistas, para manter separada a venda por xunto da venda polo miúdo; b) aos seus distribuidores no marco dun sistema de distribución selectiva, respecto de distribuidores non autorizados situados en calquera territorio en que opera o devandito sistema; e c) aos seus compradores, respecto de compoñentes subministrados para ser utilizados na fabricación do produto.



Sétimo: Mercado relevante

85. A delimitación do mercado relevante é unha cuestión esencial na maioría dos expedientes *antitrust*, ben sexa para establecer que unha empresa detén unha posición dominante nos termos do art. 2 da Lei de Defensa da Competencia (LDC), ben para determinar se unha conduta colusoria é susceptible de ter efectos restritivos da competencia, segundo dispón o art. 1 LDC. Por este motivo, existe unha ampla base doutrinal para a delimitación dos mercados, entre a que cabe destacar a *Comunicación da Comisión Europea sobre o mercado relevante* que, á súa vez, se fundamenta na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O citado texto basea a delimitación do mercado sobre dous piares fundamentais: a substituíbilidade da demanda e a substituíbilidade da oferta.
86. No presente expediente, o mercado de produto está constituído polas vendas de vehículos Citroën aos colaboradores da marca, na medida en que esta canle de compras non é intercambiable ou substituíble con outros, como son as vendas de vehículos Citroën ao público en xeral ou, mesmo, a venda de vehículos doutras marcas. Certamente, entendemos que ao traballador da marca Citroën que desexa adquirir un vehículo, se lle presentan dúas posibilidades: pode adquirir un vehículo nunhas condicións económicas especiais vinculadas ao seu lugar de traballo, ou pode acudir ao mercado "libre" e adquirir un vehículo sen esas vantaxes. Aínda que é certo que algún traballador pode prescindir da rebaixa económica e decantarse por vehículos doutras marcas, non o é menos que a inmensa maioría dos traballadores preferirá a opción preferente que lle ofrece a fábrica. Así as cousas, para os potenciais adquirentes (substituíbilidade da demanda), a compra de vehículos co bono da fábrica e sen el non son intercambiables. Abonda unha rápida visita ás instalacións da fábrica e ao estacionamento reservado a traballadores, para comprobar ata que punto os seus traballadores non perciben os vehículos doutras marcas como substitutivos.
87. Dende o punto de vista da oferta, os fabricantes de Automoción non ofrecen estas promocións a todos os traballadores do sector, senón unicamente aos das súas respectivas marcas. Así as cousas, tampouco dende o punto de vista da oferta se pode falar dun mercado de vendas a colaboradores máis amplo que o que se circunscribe a cada unha das marcas.
88. A delimitación dun mercado de produtos diferente para cada marca é plenamente coherente coa doutrina dos tribunais tanto nacionais, como comunitarios. Ao respecto, cabe citar a resolución da Comisión Nacional da Competencia no caso Mazda (*cit. supra*) na que se toma como mercado de referencia "o servizo postventa da marca Mazda".



89. Gabisa Automoción, Comercial Automoto, Núñez Motor e a Dirección de Investigación da CNC consideran, non obstante, que o mercado relevante é moito máis amplo e está integrado polo "mercado de distribución polo miúdo de turismos", é dicir, que comprende os vehículos de todas as marcas e en todas as formas de venda. Polas razóns que acabamos de expoñer, non podemos compartir a devandita apreciación.
90. A maior abundamento, debemos sinalar que a postura da Dirección de Investigación incorre -ao noso xuízo- nunha dobre contradición, tanto coa doutrina que mantén o Consello da CNC, como coa propia doutrina desa Dirección de Investigación en casos precedentes. Dun lado, entendemos que esta liña de opinión é incompatible coa doutrina que mantén o Consello da CNC sobre o particular. Recórdese, neste sentido que, como acabamos de indicar, o Consello da CNC non tivo inconveniente ningún para concluír nun recente asunto que o mercado de produto estaba limitado a unha marca en particular (Mazda) e a unha determinada actividade relacionada coa comercialización de vehículos (os servizos post venda). Non deixa de sorprender que a Dirección de Investigación invoque, no noso caso, un precedente, a resolución Ford España (Expte. 132/95) tan remoto, non só polo tempo transcorrido dende este (é do 16 de xaneiro de 1996), senón tamén porque pouco ou nada ten que ver co asunto que estamos a examinar, cando ten precedentes moito máis próximos, tanto temporal, como materialmente.
91. Doutro lado, cremos que as alegacións da Subdirección de Investigación, non se sosteñen á luz das súas propias conclusións noutros asuntos. En efecto, no seu escrito de alegacións, a Dirección de Investigación da CNC sostén que "esta *irrealidade* na definición de mercados de produto relevantes *unicamente a través da marca* xa foi posta de manifesto por a autoridades de competencia". Non obstante, no expediente *Mazda* sostén o contrario, a saber: "a Dirección de Investigación considera que o *mercado* dos servizos postventa *debe ser delimitado segundo a marca, xa que dende o punto de vista do consumidor final estima que os servizos de reparación ofrecidos polos fabricantes difiren dunhas marcas a outras e, polo tanto, non son substitutivos entre si*. Así mesmo, a Dirección de Investigación entende que *dende o punto de vista da oferta tamén cabe unha distinción dos servizos postventa segundo a marca* xa que, tal e como quedou posto de manifesto neste expediente e como se deriva da regulación comunitaria, a competencia dende a oferta estrutúrase en torno aos servizos autorizados dunha determinada marca e os denominados operadores independentes, isto é, aqueles operadores que non contan con esa autorización do fabricante".
92. Na medida en que se trata dun pacto entre concesionarios e axentes que limitan contractualmente a súa actuación á zona de Vigo, entendemos que pode concluírse que xeográficamente o mercado circunscríbese á zona de



Vigo pois é nesta onde a prohibición de realizar vendas pasivas a colaboradores desprega os seus efectos.

93. Con todo, non é preciso realizar un exame en profundidade do mercado relevante pois, tratándose dunha restrición vertical particularmente grave, a mesma está prohibida independentemente de que as partes alcancen ou non os principios mínimos de cota de mercado previstos no Regulamento de Restricións Verticais. Segundo dispón o considerando 10 do citado texto legal: "os acordos verticais que conteñan determinados tipos de restricións da competencia especialmente graves, deben quedar excluídos do beneficio da exención por categorías establecida no presente Regulamento, independentemente da cota de mercado das empresas implicadas".

Oitavo: Carácter restritivo da competencia

94. A inclusión dunha restrición especialmente grave nun acordo vertical dá lugar á presunción de que o acordo está incluído no ámbito do art. 101.1 TFUE e art. 1.1 LDC (*vide.* apdo. 47 das Directrices de Restricións Verticais). En consecuencia, a prohibición de vender vehículos da marca Citroën na modalidade de vendas a colaboradores, constitúe un acordo restritivo da competencia prohibido, no noso caso, polo artigo 1.1 da Lei de defensa da competencia.

95. A inaplicabilidade dun Regulamento de Exención por categorías a un acordo en particular non impide que o mesmo poida beneficiarse dunha exención con apoio nas catro condicións que prevén os artigos. 101.3 TFUE e 1.3 LCD. Agora ben, cando se trata das restricións especialmente graves previstas no art. 4 do Regulamento de Restricións Verticais, as Directrices declaran que "dá a lugar á presunción de que é pouco probable que o acordo cumpra as condicións do artigo 101, apartado 3 (...) non obstante, as empresas poden demostrar os efectos favorables á competencia (...) no seu caso individual".

96. Como é sobradamente coñecido, o art. 101.1 TFUE e o 1.3 LDC esixen, para que un acordo restritivo da competencia poida considerarse exento, que contribúa a mellorar a produción ou a distribución dos produtos ou a fomentar o progreso técnico ou económico, e reserve ao mesmo tempo os usuarios unha participación equitativa no beneficio resultante, e sen que: a) imponha ás empresas interesadas restricións que non sexan indispensables para alcanzar tales obxectivos; e b) ofrezca ás devanditas empresas a posibilidade de eliminar a competencia respecto dunha parte substancial dos produtos de que se trate.

97. Así pois, a conduta dos concesionarios denunciados e os seus axentes non só infrinxe o artigo 1.1. LDC, senón que cabe presumir que é pouco



probable que cumpra as condicións para conceder unha exención, conforme ao disposto no artigo 1.3 LDC.

98. Sobre o particular, os concesionarios negan que a prohibición de vender a determinados clientes, tanto activa como pasivamente, teña como obxecto ou efecto restrinxir a competencia cando, segundo a normativa que acabamos de expoñer, cabe presumir non só que son restritivos da competencia (no sentido do art. 1.1. LDC) senón tamén que non poden beneficiarse dunha exención en virtude dos criterios que fixa o parágrafo 3º do mencionado artigo. Consecuentemente, cremos que non é necesario examinar en profundidade os argumentos sobre o carácter non restritivo dunha limitación de vendas pasivas a determinados clientes, por canto está expresamente incluída no Regulamento de Restricións Verticais entre as restricións especialmente graves da competencia.
99. Téñase en conta que neste expediente non se discute a prohibición de efectuar vendas activas a determinados clientes, as cales están expresamente amparadas polo Regulamento de Restricións Verticais, senón o feito de que se prohiban tamén as vendas pasivas, é dicir, aquelas que realiza o distribuidor o cliente que "entra pola porta do seu establecemento" sen ser previamente requirido para iso. Así as cousas, é certo que algúns dos argumentos esgrimidos polos concesionarios denunciados para xustificar a prohibición de que os axentes participen nas vendas a colaboradores (escasa marxe neste tipo de vendas, reducido valor engadido que achegan os axentes pois o cliente vén cun bono da fábrica, etc.) poden servir para explicar que se impoña unha prohibición de vendas activas, pero non o é menos que nada nos din acerca de qué razóns de eficiencia explican que o axente teña que botar do seu establecemento ao cliente que lle visita cun bono da fábrica para adquirir o seu vehículo.
100. En definitiva, a prohibición de participar nas vendas pasivas a determinados clientes constitúe unha conduta colusoria que ten un obxecto ou efecto restritivo da competencia, do que cabe presumir que non se pode beneficiarse dunha exención individual ex artigo 1.3 LDC, sen que os concesionarios denunciados acreditaran o carácter pro competitivo deste tipo de cláusulas.
101. Respecto da alegación de Núñez Motor relativa á aplicabilidade da regra de minimis ás condutas examinadas, o concesionario parte dun mercado de produto relevante e a posición que ocupa neste que foron rexeitadas supra. Con independencia do que se diga no fundamento de dereito seguinte respecto á duración da infracción e o seu innegable influencia na análise de minimis, cabe recordar agora que no fundamento de dereito quinto se concluíu que o mercado de produto relevante é o mercado de venda de vehículos a colaboradores, no que Núñez Motor ten unha notable cota de mercado, que o sitúa fóra do vixente Regulamento de



Restricións Verticais. A maior abundamiento, a regra de minimis non resulta de aplicación cando estamos en presenza de restricións especialmente graves da competencia, como sucede no presente expediente (apdo. 11 das Directrices de minimis).

102. Neste sentido, ao valorar os efectos exclusionarios das referidas cláusulas, tanto as Directrices de minimis (apdo. 8) como o art. 2.4.b) do Regulamento de Defensa da Competencia, chaman a atención sobre a necesidade de ter en conta os efectos acumulativos de exclusión cando unha porcentaxe elevada do mercado está cuberta por redes de distribución de efectos no mercado similares, como é o caso do mercado relevante neste expediente.

Noveno: Duración da infracción

103. No fundamento de dereito cuarto considerouse acreditado que o pacto polo que os concesionarios se reservan as vendas a colaboradores da marca, se puxo en práctica no mes de febreiro de 2009. As empresas denunciadas non han sequera alegado que deixaran sen efecto a conduta colusoria que vimos examinando. Por conseguinte, cabe concluír que a conduta a estado vixente ata a data de adopción da presente resolución, un total de catro anos, dende febreiro de 2009 ata febreiro de 2013.

Décimo: Sanción

104. A conduta anticompetitiva acreditada neste expediente constitúe unha infracción da prohibición de acordos colusorios do artigo 1.1 LDC, que é cualificada no art. 62.3.a) desta Lei como infracción grave. Este tipo de infraccións poden ser sancionadas cunha multa que pode alcanzar ata o 5 por cento do volume de negocio total da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa.
105. Ao noso modo de ver, Gabisa Automoción, Comercial automoto e Núñez Motor, como parte principal dos acordos que integran a infracción acreditada, son responsables directos desta, en tanto que autores e supervisores da aplicación da política que impide aos seus axentes participar nas vendas de vehículos a colaboradores da marca.
106. O art. 63.1.b LDC esixe que as empresas sexan autoras de forma negligente ou deliberada sexa autor das condutas previstas na LDC. No presente asunto, a adopción das condutas que integran a infracción acreditada, concorre en Gabisa Automoción, Comercial automoto e Núñez Motor, cando menos, negligencia na observación do deber de dilixencia co que debe actuar todo operador económico no cumprimento da prohibición de acordos colusorios que dimana do artigo 1 LDC.



107. O art. 64 da LDC establece os criterios que ha de seguir o Consello na determinación do importe da multa, entre os que se inclúen a dimensión e características do mercado afectado, a cota de mercado das empresas responsables, o alcance da infracción, a súa duración, así como os seus efectos sobre outros operadores económicos e os consumidores.

108. Conforme á Comunicación da CNC sobre cuantificación das sancións por infraccións substantivas da LDC (Comunicación de multas), a cuantificación da sanción realízase nas tres fases seguintes: *a)* determinación do importe básico da sanción; *b)* aplicación dun coeficiente de axuste ao coeficiente básico, en función das circunstancias agravantes ou atenuantes; e *c)* axuste, se é o caso, aos beneficios obtidos coa infracción.

a) Importe básico

109. O importe básico calcúlase como unha proporción do volume de vendas afectado pola infracción, é dicir, a suma ponderada das vendas obtidas polos infractores nos mercados de produto e xeográficos nos que a conduta se producira. No presente caso, o volume de vendas afectado pola infracción reflíctese na seguinte táboa:

Táboa IV. Volume de vendas afectado pola infracción

EMPRESA	2009	2010	2011	2012 (Ata Maio)	Total
Gabisa Automoción	Confidencial				4.794.658,57€
Núñez Motor	Confidencial				5.991.209,32€
Comercial automoto	Confidencial				6.661588,63€

110. O importe básico obtense aplicando o volume de vendas afectada, unha porcentaxe que consideramos axeitado fixar no 10%, é dicir, o mínimo previsto na Comunicación de Multas. O importe básico aumentouse coa duración da infracción, de acordo co valor ponderado que establece a Comunicación de Multas.



b) Coeficiente de axuste

111. Segundo dispón o art. 64.1, letra g) LDC, o importe básico da sanción verase incrementado ou reducido en función das respectivas circunstancias agravantes ou atenuantes citadas nos seus apartados 2º e 3º.
112. Á hora de establecer o devandito coeficiente de axuste, debe terse en conta que a infracción acreditada se mantivo durante catro anos e que a mesma tivo efectos no mercado de produto e xeográfico relevantes, toda vez que a totalidade das vendas a colaboradores foron realizadas por Gabisa Automoción, Comercial automoto e Núñez Motor.
113. Por outro lado, resultan relevantes as características da infracción e, moi especialmente, que non afecta directamente aos prezos e que se limita a un tipo vendas en particular.
114. Ademais, debemos atender ao reducido volume de negocio que supoñen as vendas a colaboradores para os concesionarios, á vista das contas anuais que presentaron e que poñen de manifesto o reducido importe destas vendas respecto do volume total de negocio que inclúe as vendas á xeneralidade do público e os servizos postvenda.
115. A maior abundamento, un aspecto determinante á hora de valorar o impacto da conduta, reside no feito de que o Regulamento de Restricións Verticais permite que se restrinxan as vendas activas a determinados clientes, limitando o seu reproche -como se dixo reiteradamente- ás vendas pasivas. Consecuente, o efecto da conduta circunscríbese ás vendas pasivas que os axentes deixaron de realizar como consecuencia de pacto colusorio investigado.
116. Atendendo ás consideracións anteriores, co propósito de que a contía da sanción respecte os principios de proporcionalidade e disuasión que informan o réxime sancionador de competencia, considérase axeitado aplicar un coeficiente negativo de axuste do 97% e, polo tanto, reducir o importe básico da sanción na mencionada proporción. Consecuente, a sanción que se impón equivale ao 0,3% do volume de negocio afectado pola infracción.
117. Doutra banda, convén apuntar que o coeficiente de axuste que aplicamos está en liña coa doutrina da Comisión Nacional da Competencia respecto das restriccións verticais (véxase, por todos, o expediente Mazda, ao que aludimos en reiteradas ocasións).



118. En virtude de todo o anterior, a sanción que se impón a cada unha das empresas responsables, se expresa na seguinte táboa.

Táboa V. Importe da sanción

EMPRESA	SANCIÓN
Gabisa Automoción	14.383,97 €
Núñez Motor	17.973,62 €
Comercial automoto	19.984,76 €

En consecuencia, o Consello Galego da Competencia coa composición recollida ao principio, vistos os preceptos citados e os demais de xeneral aplicación,

RESOLVE

PRIMEIRO: Declarar acreditada a existencia dunha infracción grave do artigo 1.1 LDC, consistente en condutas colusorias que impiden aos axentes dos concesionarios obxecto do expediente, realizar vendas a colaboradores da marca Citroën, tanto activas como pasivas.

SEGUNDO: Declarar responsables da devandita infracción a Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, e Núñez Motor, SL.

TERCEIRO: Impoñer a Gabisa Automoción, SL unha multa por importe de 14.383,97 Euros.

CUARTO: Impoñer a Núñez Motor, SL unha multa por importe de 17.973,62 Euros.

QUINTO: Impoñer a Comercial Automoto, SA unha multa por importe de 19.984,76 Euros.

SEXTO: Intimar a Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, e Núñez Motor, SL., para que cesen na conduta e, a partir deste momento, se absteñan de realizar prácticas como a sancionada que poidan obstaculizar a competencia.

SÉTIMO: Instar á Subdirección de Investigación para que vixíe e coide do cumprimento íntegro desta resolución.



Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación do consello Galego da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra esta non cabe recurso ningún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a contar dende a súa notificación.