



Resolución R 5/2012 – Ventas de vehículos Citroën a colaboradores de la marca

Pleno:

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

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

El Consello Galego da Competencia (CGC), con la composición arriba expresada y siendo ponente D. Fernando Cachafeiro García, ha dictado la siguiente Resolución en los Expedientes S 15/2010, S 18/2011 y S 19/2011 que traen su causa en las denuncias presentadas por Talleres Abreu, SL, Talleres Mopefer, SL y Talleres Cahersa, SL contra Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, y Núñez Motor, SL, respectivamente, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 1 de octubre de 2010, Talleres Abreu presentó un escrito ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el que se ponían de manifiesto unas conductas supuestamente restrictivas de la competencia en la comercialización de vehículos de la marca Citroën.
2. En fecha de 14 de octubre, la Dirección de Investigación de la CNC remitió la denuncia al Servicio de Defensa de la Competencia de la *Consellería de Facenda* de la Xunta de Galicia, en el marco de la colaboración no reglada.
3. El 27 de octubre, el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia solicitó a la entidad denunciante que presentase una denuncia firmada por el representante legal de la empresa, junto con determinada información complementaria.
4. El 30 de diciembre de 2010, Talleres Abreu presentó la documentación requerida, la cual motivó la apertura de una investigación reservada, primero por el Servicio y, posteriormente, por la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia*. En el transcurso de la misma, se enviaron requerimientos de información a la fábrica de Citroën en Vigo y a los concesionarios y agentes de esta marca. Posteriormente, Talleres Mopefer presentó escrito de denuncia contra Núñez Motor y Talleres Cahersa frente a Comercial Automoto, concesionarios con los que mantienen, respectivamente, un acuerdo de colaboración comercial.

5. En fechas de 8 y 30 de septiembre de 2011, la Subdirección de Investigación del CGC, en los términos previstos por el art. 49 LDC, acordó la incoación de tres expedientes sancionadores por presunta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, vigente entre los tres concesionarios denunciados y sus agentes.
6. En fechas de 8 y 30 de agosto, la Subdirección de Investigación del CGC remitió a la Comisión Nacional de la Competencia nota sucinta sobre la asignación de la competencia para la tramitación de las denuncias de Talleres Mopefer y Talleres Cahersa, respectivamente. Con fecha de 20 de septiembre, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia comunicó su opinión de que los expedientes debían ser tramitados por el *Consello Galego da Competencia*, al tiempo que solicitaba que se tenga a la CNC como parte interesada en los mismos.
7. El 23 de septiembre, la Subdirección de Investigación acordó la ampliación del acuerdo de incoación para incluir como parte interesada a la Comisión Nacional de la Competencia.
8. El 10 de octubre de 2011, la Subdirección de Investigación acordó la acumulación de los tres expedientes incoados, al apreciar que presentan “*identidad sustancial o íntima conexión*” en los términos del art. 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
9. Durante la fase de información reservada, la Subdirección de Investigación envió requerimientos de información al Centro de Vigo de PSA Peugeot-Citröen, en fecha de 15 de junio de 2011, a los concesionarios y a los 74 agentes de la marca en Galicia, por carta de 27 de junio de 2011.
10. El 8 de junio de 2012, la Subdirección de Investigación formuló el Pliego de Concreción de Hechos, según dispone el art. 50.3 LDC, en el que se recogen los antecedentes fácticos que se consideran constitutivos de una infracción de los artículos 1 y 2 del mencionado texto legal.
11. En fecha de 28 de junio, formularon alegaciones Talleres Abreu y Talleres Mopefer. El día 29 de junio, presentaron alegaciones Talleres Cahersa y la Dirección de Investigación de la CNC. El 2 julio se recibieron las alegaciones de Gabisa Automoción, Núñez Motor y el 6 de junio las de Comercial Automoto, en las que se solicita la práctica de determinadas pruebas adicionales, así como la celebración de vista ante el Pleno del *Consello Galego da Competencia*.
12. El 5 de julio se comunicó a la Subdirección de Investigación que Talleres Abreu se encuentra en situación de concurso de acreedores, habiendo



dictado el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, Auto de apertura de la fase de liquidación.

13. En fecha de 4 de septiembre, la Subdirección de Investigación formuló Propuesta de Sanción, al amparo del art. 50 LDC, en la que considera que los tres concesionarios denunciados han incurrido en dos infracciones muy graves de la LDC: un abuso de posición dominante prohibido por el art. 2 LDC y una conducta colusoria entre los concesionarios, sancionada por el art. 1 LDC.
14. El 20 de septiembre, la Dirección de Investigación de la CNC presentó alegaciones a la Propuesta de Sanción. El 25 de septiembre formularon alegaciones las tres mercantiles denunciadas. El 2 de octubre presentó alegaciones Comercial Automoto. El día 10, Gabisa Automoción y Núñez Motor. El escrito de alegaciones de Gabisa Automoción se acompaña de un Informe Pericial realizado por la Profesora Ana M^a Tobío Rivas relativo a los contratos de agencia suscritos por ésta.
15. En fecha de 27 de noviembre, el Pleno del *Consello Galego da Competencia* adoptó un acuerdo de recalificación jurídica al considerar que la prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, vigente entre los concesionarios de la zona de Vigo y sus agentes, puede constituir una restricción vertical de la competencia, contraria al artículo 1 de la LDC.
16. En fecha de 22 de diciembre de 2012 presentó alegaciones al acuerdo de recalificación la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia. Los días 26 de diciembre de 2012 y 4 y 9 de enero de 2013 se recibieron las alegaciones de Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor, respectivamente.
17. El Pleno de Consello Galego da Competencia ha deliberado sobre este asunto en su reunión de 26 de febrero de 2013.
18. Son interesados, en el presente expediente, los siguientes:
 - Talleres Abreu
 - Talleres Mopefer
 - Talleres Caherse
 - Comercial Automoto
 - Gabisa Automoción
 - Núñez Motor
 - Comisión Nacional de la Competencia

HECHOS PROBADOS

19. Conforme al Pliego de Concreción de Hechos notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Pleno del Consello Galego da Competencia, se considera acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los hechos siguientes:

I. Las partes

a) Denunciantes

20. Talleres Abreu, SL es una sociedad mercantil domiciliada en Vigo y dedicada a la compraventa de vehículos, accesorios y repuestos, así como a la reparación de los mismos. Talleres Abreu ha suscrito con Gabisa Automoción, concesionario de la marca Citroën, un contrato denominado “Contrato de agente Citroën” en cuya virtud participa en la venta de vehículos nuevos de la marca Citroën por cuenta del mencionado concesionario, a cambio de una comisión.

21. Talleres Cahersa, SL es una sociedad mercantil igualmente domiciliada en Vigo y con idéntico objeto social. Talleres Cahersa ha suscrito un contrato de colaboración, idéntico al anterior, con el concesionario Citroën Comercial Automoto.

22. Talleres Mopefer, SL es una sociedad mercantil, con idéntico domicilio y objeto social que las anteriores, que ha suscrito un contrato denominado de agencia con el concesionario Citroën Núñez Motor, también idéntico a los anteriores.

b) Denunciadas

23. Gabisa Automoción, SL es una sociedad mercantil, con domicilio en Vigo y objeto social consistente en la “importación, exportación, comercialización, distribución, servicios post-venta, alquiler y reparación” de vehículos. Gabisa Automoción es concesionario oficial Citroën en Vigo.

24. Comercial Automoto, SA, con domicilio en Vigo y similar objeto social a la anterior, es también concesionario oficial de Citroën en Vigo.

25. Núñez Motor, SL es una sociedad mercantil con domicilio en Vigo y similar objeto social que las anteriores, que también es concesionario oficial de Citroën en Vigo.

II. Marco normativo relevante

26. El *Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos*

verticales y practicas concertadas (Reglamento de Restricciones Verticales) contempla una exención por categorías para los acuerdos de naturaleza vertical que cumplan determinadas condiciones. El Reglamento se complementa con unas *Directrices relativas a las restricciones verticales* (Directrices de Restricciones Verticales).

27. Las restricciones verticales son acuerdos o prácticas concertadas celebradas entre dos o más empresas. Cada empresa opera, a efectos del acuerdo, en una fase económica diferente, en lo que se refiere a la entrega, a la compra de bienes destinados a la reventa o la transformación y a la comercialización de servicios. Los acuerdos verticales regulan las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios.
28. El *Reglamento (UE) 461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* (Reglamento del Motor) prevé una exención para determinados pactos en el mencionado sector. El texto legal distingue claramente entre los acuerdos relativos a la distribución de vehículos nuevos y los acuerdos relativos a los servicios postventa (que comprenden los servicios de reparación y suministro de recambios), de manera que los primeros se someten al marco general del Reglamento de Restricciones Verticales, mientras que a los segundos se les aplica la exención prevista en el Reglamento del Motor.
29. Teniendo en cuenta que el presente asunto alude a la comercialización de vehículos nuevos y no a los servicios postventa, el régimen jurídico relevante es el previsto en el Reglamento de Restricciones Verticales al que aludiremos en los apartados siguientes.

III. Sector económico

30. El sector afectado por las conductas que son objeto de análisis en este expediente sancionador es el de la comercialización de vehículos a motor, sector en el que se produce la competencia entre los agentes y los concesionarios de la marca Citroën.
31. Dentro de la comercialización de vehículos a motor, la investigación llevada a cabo en este expediente únicamente afecta a la venta de los vehículos fabricados por Citroën a los colaboradores de la marca y sus familiares y no al resto de vehículos que también son fabricados por Citroën y vendidos al público en general, los cuales, a su vez, presentan unas condiciones de comercialización diferentes a las que se ofrecen a los colaboradores de la marca.

32. Desde el punto de vista geográfico, la negativa a participar en las ventas a colaboradores en una política puesta en práctica por los tres concesionarios oficiales de la marca Citroën más próximos a la fábrica que Peugeot Citroën Automociones de España tiene en Vigo (Pontevedra) y sus agentes, de ahí que éste sea el marco geográfico afectado por el acuerdo.
33. En la provincia de Pontevedra, existen varios concesionarios y agentes Citroën, dispersos por toda su geografía, incluyendo los municipios próximos a Vigo. En el siguiente gráfico se muestran los concesionarios Citroën de la provincia, con indicación de la localidad en la que se encuentran y la red de agentes que utilizan.

Tabla I. Concesionarios y agentes Citroën en Pontevedra

CONCESIONARIO	AGENTES
Dalonga (Vilagarcía de Arousa)	Portas e hijos (Cambados); Zacande Auto (Meis); Besán Automoción (Padrón); Tall. Elmacar (Cuntis); Tall. Ruco (O Grove)
Celestino Abreu e Hijos, SL (Pontevedra)	Tall. Balagones (Marín); Tall. Lino Mariño (Pontecaldelas); Tall. Davisán (Bueu); Tall. Meca-Poio (Poio); T. Tobal-Móvil (Cangas do Morrazo); Hmnos. Míguez Rivas (Forcarei)
Comercial Automoto, SA (Vigo)	Codelauto, S.A. (A Guarda); Rodrimovil, S.L. (O 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. Hechos

34. Las ventas a colaboradores son una modalidad especial de venta en la que el fabricante facilita a sus trabajadores un cupón mediante el cuál pueden adquirir, para sí o para sus familiares, un automóvil de la marca en condiciones ventajosas.
35. Tradicionalmente, Peugeot Citroën Automociones de España efectuaba las ventas a colaboradores en la propia fábrica, si bien –a principios de 2009- decidió dejar dicha tarea a su red comercial de concesionarios.
36. Los concesionarios de automóviles se valen habitualmente de una red de agentes para la comercialización de automóviles, los cuales no tienen relación alguna con el fabricante.
37. La mayoría de las ventas a colaboradores de la marca Citroën en Galicia se efectúan en la provincia de Pontevedra, al encontrarse en Vigo la fábrica de Peugeot Citroën Automociones de España y, consiguientemente, residir en la zona la mayoría de sus trabajadores.
38. En los acuerdos de colaboración suscritos entre los tres concesionarios y sus agentes se contempla una prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores (trabajadores y familiares de la misma), tal y como reconocen las propias mercantiles denunciadas. La restricción de ventas a estos clientes particulares incluye no sólo las denominadas ventas activas (“aproximación activa a clientes individuales o grupos de clientes”), sino también las ventas pasivas (“respuesta a pedidos no solicitados activamente”), en los términos que las definen las Directrices de Restricciones Verticales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto de la resolución

39. El presente expediente tiene por objeto analizar si la prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, vigente entre tres concesionarios de la zona de Vigo (Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor) y sus agentes (Talleres Abreu, Talleres Cahersa Talleres Mopefer y, respectivamente) puede constituir una restricción vertical de la competencia, contraria al artículo 1 de la LDC.

Segundo: Cuestiones previas

40. Antes de pasar a examinar el fondo del asunto, es necesario aludir a dos cuestiones previas invocadas por Gabisa Automoción y Comercial Automoto relativas a la vulneración del principio de no discriminación y la

falta de motivación del Acuerdo de recalificación jurídica adoptado por el Pleno del *Consello Galego da Competencia*.

41. Los concesionarios citados entienden que existe discriminación por el hecho de que a pesar de existir cuatro concesionarios Citroën en la zona de Vigo, el expediente sancionador se haya incoado “únicamente” frente a tres de ellos. La razón por la que no se ha incoado expediente contra Celestino Abreu e Hijos, SA es que de la instrucción efectuada por la Subdirección de Investigación permite colegir que dicho concesionario no ha establecido con su agentes una prohibición para participar en las ventas a colaboradores. En efecto, en las respuestas a los requerimientos de información enviados a los agentes del mencionado concesionario, la mitad de ellos declaran tener libertad para intermediar en esta clase de ventas. Además, dos de los tres agentes que afirmaron no poder realizarlas, Talleres Davisan, SL y Talleres Dobal Móvil, SL, han vendido –sin embargo- vehículos a colaboradores entre 2009 y 2011, tal y como se desprende de la información facilitada por Peugeot Citroën Automociones de España. No existe, pues, discriminación alguna, sin perjuicio de que – con carácter general- no pueda hablarse de un derecho a la igualdad en la ilegalidad.
42. Respecto a la alegación de indefensión, debe recordarse que la recalificación jurídica es un instrumento expresamente admitido en la Ley de Defensa de la Competencia en aquellos supuestos en los que el órgano encargado de la resolución, aunque estima pertinente la instrucción realizada por el órgano *ad hoc*, no comparte sin embargo la calificación jurídica que realiza de las conductas. Dispone el artículo 51.4 LDC que el Pleno del CGC, cuando “estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas”. En este sentido, el Tribunal Supremo (véase la sentencia de 30 de enero de 2012, entre otras) nos recuerda que el acuerdo de recalificación “puede incluir una distinta selección o configuración de los hechos constitutivos de una infracción administrativa, siempre que se cumplan dos condiciones a las que ya nos hemos referido: que se trate de las mismas conductas investigadas y, por tanto, que los hechos ahora delimitados como constitutivos de la infracción se encuentren entre los que figuran en el expediente sancionador y que no se produzca indefensión material de ningún tipo”.
43. Consiguientemente, entendemos que no ha habido vulneración del derecho de defensa toda vez que el Pleno del *Consello Galego da Competencia*, partiendo de los hechos acreditados en la instrucción realizada por la Subdirección de Investigación, considera que no estamos en presencia de un acuerdo horizontal entre los concesionarios, ni de un supuesto abuso de una posición dominante colectiva, sino ante una restricción vertical de la

competencia y, más concretamente, “dicha práctica puede constituir una restricción de la clientela, tanto en la modalidad de ventas activas como pasivas, en los términos previstos por el 4 del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y que –consiguientemente- puede no estar amparada por la exención prevista en el mencionado texto legal.”

Tercero: Denegación de pruebas adicionales y celebración de vista

44. Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor solicitaron la práctica de determinadas pruebas adicionales, así como la celebración de vista por parte del Pleno del *Consello Galego da Competencia*.
45. En relación con la primera cuestión, no consideramos necesaria la práctica de las pruebas adicionales propuestas por los interesados -aunque sí se ha admitido el informe pericial presentado- dado que, como ha subrayado la Comisión Nacional de la Competencia, “la nueva Ley 15/2007, en su objetivo de reducción de los plazos de resolución de expedientes, que han pasado de 2 años a 18 meses, ha buscado consecuentemente una simplificación de los procedimientos en pleno respeto de la seguridad jurídica, suprimiendo aquellos trámites duplicados y concentrando la fase probatoria en el periodo de instrucción. Es potestativo del Consejo (el Pleno, en nuestro caso) por tanto, ordenar que se realicen pruebas adicionales, que deben tener un carácter excepcional y sólo en la medida en que sean necesarias para la formación de su juicio en la resolución del expediente.” (Resolución de 24 de Septiembre de 2009, Expte. 2805/07. *Empresas Estibadoras*, FJ 4º). Pues bien, tras analizar las pruebas propuestas llegamos a la conclusión de que no aportaban nada nuevo al relato de hechos que constituyen el substrato del expediente, por lo que resulta innecesario duplicar los trámites una vez culminada la fase de instrucción.
46. En cuanto a la vista, conviene recordar que su celebración es una facultad del Pleno del *Consello Galego da Competencia*, que podrá ejercer cuando la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente (artículo 51.3 LDC), lo que entendemos no sucede en el presente asunto toda vez que, en línea con lo ya expuesto respecto a la solicitud de practica de pruebas adicionales, no existen extremos en el expediente que precisen de una contrastación contradictoria más allá de la que consta documentalmente en el expediente. Por otro lado, tampoco parece oportuna la ratificación en la vista del dictamen pericial aportado por una de las partes, pues el mismo no versa sobre los hechos controvertidos sino sobre cuestiones jurídicas cuya valoración definitiva en vía administrativa corresponde y es responsabilidad de este órgano.

Cuarto: Acreditación de las conductas objeto del expediente

47. Peugeot Citroën Automociones de España en una sociedad mercantil perteneciente al grupo PSA a la que pertenecen los centros de fabricación de Vigo (Pontevedra) y Villaverde (Madrid) en los que se fabrican vehículos de las marcas Citroën y Peugeot. La comercialización de los vehículos de estas marcas se realiza a través de las sociedades Automóviles Citroën España, SA y Peugeot España SA y sus respectivas redes de distribución, que los venden a los usuarios finales. No obstante, según informa en su escrito de 4 de julio de 2011, Peugeot Citroën Automociones de España se reserva las ventas de vehículos a los empleados del Grupo PSA y sus familiares.
48. Según se desprende del escrito mencionado, tradicionalmente las ventas a colaboradores se realizaban en la propia fábrica. A partir del 2 de febrero de 2009, Peugeot Citroën Automociones de España decide contar con la asistencia de su red comercial también para este tipo de ventas, las cuales pasan a efectuarse del modo siguiente. La fábrica emite un bono con las características del vehículo que se entrega al colaborador de la marca que desea adquirirlo. Posteriormente, la entrega física del vehículo se realiza en los puntos de la red de distribución comercial que “libremente elija el empleado o familiar”. A cambio de su colaboración en la entrega del vehículo, “el concesionario recibe una remuneración”, menor que la que obtiene en el caso de las ventas ordinarias.
49. Peugeot Citroën Automociones de España permite a toda su red comercial participar en este tipo de ventas, de manera que el cliente es libre para elegir el distribuidor en el que adquiere su vehículo “en función de las disponibilidades de vehículos, su proximidad o cualquier otro motivo”. Peugeot Citroën Automociones de España no mantiene relación contractual alguna con la red de agentes de sus concesionarios, por lo que tampoco incide en la libertad de estos para participar en las ventas a colaboradores.
50. Los concesionarios Citroën Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor no permiten a sus agentes Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer, respectivamente, participar en la modalidad ventas a colaboradores de la marca. Así lo han reconocido los tres concesionarios denunciados, quienes admiten que la prohibición es absoluta y comprende, por lo tanto, no sólo las ventas activas, sino también las pasivas.
51. Gabisa Automoción no niega que prohibiese a sus agentes vender vehículos a un tipo especial de clientes, los colaboradores de la marca, sino que lo justifica con el doble argumento de que, en esta modalidad de ventas, la comisión que abona el fabricante es reducida y el agente no aporta valor en la venta. Por su parte, Comercial Automoto declara que Talleres Cahersa “conoce (su) política sobre ventas a colaboradores” por lo

que si desea efectuarlas le invita a concertar con “un concesionario de Gijón o Santander que le permita realizar ventas a colaboradores”. Finalmente, Núñez Motor reconoce expresamente esta prohibición de vender a determinados clientes al afirmar que “la realidad es que en el contrato suscrito por (éste) con su único agente (Talleres Mopefer) se pactó expresamente que no devengaría en estos casos de entrega de vehículos a colaboradores comisión alguna”.

52. En definitiva, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha resultado acreditada la prohibición de vender (activa o pasivamente) vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, vigente entre los tres concesionarios de la zona de Vigo denunciados y sus agentes.

Quinto: Carácter colusorio

53. El artículo 1.1 LDC establece la prohibición de “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.
54. Las restricciones verticales son acuerdos o prácticas concertadas celebradas entre dos o más empresas. Cada empresa opera, a efectos del acuerdo, en una fase económica diferente, en lo que se refiere a la entrega, a la compra de bienes destinados a la reventa o la transformación y a la comercialización de servicios. Los acuerdos verticales regulan las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios.
55. En el presente asunto, los pactos entre los concesionarios y sus agentes tienen naturaleza vertical por cuanto “se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios” (art. 1 a) del Reglamento de Restricciones Verticales). Se da la particularidad, sin embargo, de que las dos partes se dedican a la distribución de los vehículos elaborados por el fabricante Citroën, si bien los agentes denunciados son, a su vez, distribuidores del distribuidor de la marca (el concesionario oficial) y se encuentran, por tanto, en una fase económica diferente.

a) Colusión

56. La prohibición de acuerdos colusorios en las legislaciones de defensa de la competencia se apoya en un concepto muy laxo de acuerdo, de tal forma que es suficiente con que las empresas implicadas hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el

mercado, careciendo de importancia la concreta forma en la que se manifiesta o expresa esa concordancia de voluntades.

57. Gabisa Automoción sostiene que el contrato suscrito con Talleres Abreu no alude a las ventas especiales a colaboradores, por lo que considera que no ha existido pacto alguno entre el concesionario y su agente. Entiende, asimismo, que el hecho de que Talleres Abreu haya interpuesto la denuncia que motivó la apertura del presente expediente, acredita que dicho acuerdo no tuvo lugar. En definitiva, la política de no permitir que los agentes intervengan en las ventas a colaboradores responde “a una decisión unilateral del concesionario no a ningún acuerdo”. En la misma línea, Comercial Automoto sostiene que los contratos de agencia no contemplan “en absoluto” las ventas a colaboradores.

58. En el caso de los acuerdos verticales, la jurisprudencia de los tribunales comunitarios reconoce que la prueba de la concertación resulta más difícil a la vista de la estrecha relación que une a las empresas participantes. Así en la Sentencia *Volkswagen II* (de 3 de diciembre de 2003, Asunto T-208/01), en la que se enjuicia una restricción de la competencia entre concesionarios basada en descuentos, el Tribunal de Primera Instancia afirma que: ““en determinadas circunstancias, medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de las relaciones continuas que mantiene con sus distribuidores se han considerado constitutivas de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1 (hoy art. 101.1 TFUE) (sentencia *BMW Belgium*, apartados 28 a 30; sentencia *AEG*, apartado 38; sentencia *Ford*, apartado 21; sentencia *Sandoz*, apartados 7 a 12; sentencia *BMW*, apartados 16 y 17, y sentencia *Bayer*, apartado 70). De esta jurisprudencia resulta que deben distinguirse los supuestos en los que una empresa ha adoptado una medida verdaderamente unilateral (...) de aquellos otros en los que el carácter unilateral es sólo aparente. Si bien los primeros no están incluidos en el artículo 81 CE, apartado 1, los segundos han de considerarse constitutivos de un acuerdo entre empresas (...). Tal es el caso, en particular, de las prácticas y las medidas restrictivas de la competencia que, *aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos* (sentencia *Bayer*, apartado 71)”. En definitiva, es necesaria “la existencia de una aquiescencia, expresa o tácita, por parte de los demás agentes económicos con los que mantiene relaciones contractuales, a la actitud adoptada por el fabricante” (apdos. 34 y 35).

59. En el caso que venimos comentando, el TPI estimó que no había resultado acreditada la aquiescencia de los distribuidores porque, en esencia, no constaba que se hubiesen aplicado *in situ* las directrices de la marca (apdos. 38 y 54). En esta línea argumental, el Tribunal de Primera Instancia alcanzó la conclusión contraria en el caso *Volkswagen I*, es decir, que sí

había existido colusión, en la medida en que “las iniciativas del fabricante habían surtido efecto, que *los concesionarios italianos habían dado su conformidad a las mismas y, por consiguiente, que se habían negado a vender a sus clientes extranjeros*. En consecuencia, en aquel asunto no cabía albergar duda alguna de que los concesionarios habían aceptado las iniciativas de Volkswagen contrarias a la competencia” (apdo. 53)”.

60. En parecidos términos, véase la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 16 de noviembre de 2012, en el Expediente S/0300/10, Mazda Automóviles de España).
61. La aplicación de la doctrina precedente al caso que se nos presenta nos lleva a la conclusión de que ha existido un pacto entre los concesionarios y sus agentes dado que la exclusión de los agentes de las ventas a colaboradores se aplicó en la práctica (“in situ”, en palabras del Tribunal de Primera Instancia) durante el período examinado. En efecto, los concesionarios denunciados efectuaron todas y cada una de las ventas a colaboradores, sin que ninguno de sus agentes participase en las mismas. En las tablas elaboradas por la Subdirección de Investigación en su Propuesta de Resolución, se pone manifiesto que, desde la fecha de adopción del acuerdo colusorio hasta la denuncia presentada por Talleres Abreu, las mercantiles Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor realizaron todas las ventas a colaboradores. La Tabla II se ha elaborado con los datos aportados por Peugeot Citroën Automociones de España y la Tabla III a partir de las informaciones enviadas por los concesionarios. Ambas expresan las unidades o importes totales así como porcentualmente. Las referencias al porcentaje de unidades vendidas o a los beneficios obtenidos por cada concesionario se hacen en relación a los tres concesionarios objeto del presente expediente. Los datos aportados por el fabricante y por los concesionarios contienen discrepancias en cuanto al número total de unidades vendidas a colaboradores en todo el periodo examinado. Pese a lo cual, los porcentajes de ventas son muy parecidas, lindando el 30%, como se deduce de los gráficos circulares. Tanto Comercial Automoto como Núñez Motor sobrepasan el 30%, mientras que Gabisa Automoción alcanza el 28% del total.

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

	2009 (feb. - dic.)		2010		2011		2012 (hasta 13 may.)		TOTAL PERÍODO	
	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%	Uds.	%
Núñez Motor	Confidencial									31,99%
Gabisa Automoción	Confidencial									28,59%
Comercial Automoto	Confidencial									39,43%
Total ventas	Confidencial									100,00%

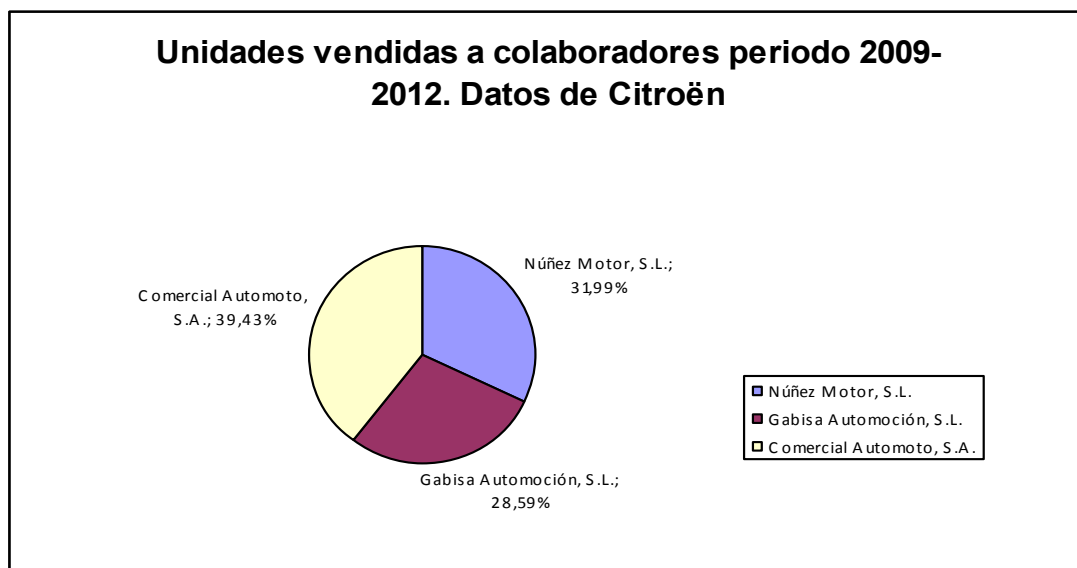
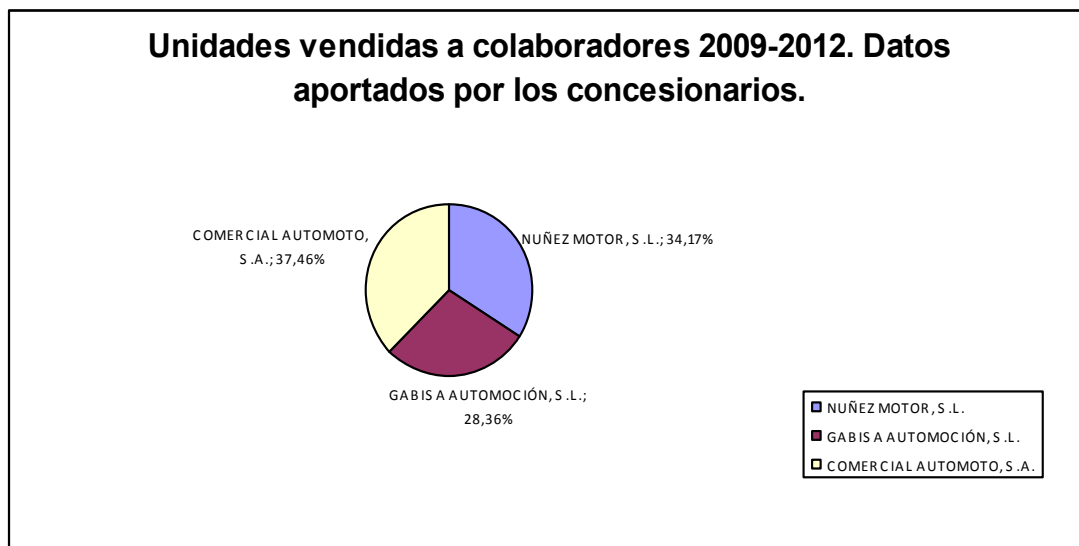


Tabla III. Ventas a colaboradores
Datos facilitados por los concesionarios

	2009 (feb. - dic.)		2010		2011		2012 (hasta 13 may.)		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,%	



62. Por otro lado, debe reseñarse que, en opinión de Núñez Motor, la prohibición de participar en las ventas a colaboradores esta expresamente prevista en el “Contrato de Agente Citroën”, cuyo contenido es idéntico para todas las partes. Como ya tuvimos ocasión de señalar, en el escrito de alegaciones de Núñez Motor se afirma literalmente lo siguiente: “la realidad es que en el contrato suscrito por mi mandante con su único agente se pactó expresamente que no devengaría en esos casos de entrega de vehículos a colaboradores comisión alguna”. Consiguientemente, según esta línea de opinión, las partes han pactado en el contrato una prohibición indirecta de ventas, en cuya virtud no se prohíbe directamente vender a un tipo concreto de clientes, sino que meramente se desincentiva al impedir que se cobre una comisión por estas actividades.

63. En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que el pacto colusorio impuesto *a priori* por los concesionarios a sus agentes, fue puesto en práctica con la total aquiescencia de los mismos, sin la cual no hubiera sido posible que en el período examinado no se produjese ninguna venta a colaboradores por parte de los agentes de los concesionarios de la marca, todo ello sin perjuicio de que se pueda considerar también expresamente recogida en el contrato, al menos de manera indirecta.

b) Naturaleza jurídica de la relación que media entre denunciantes y denunciadas

64. La prohibición del artículo 1 LDC no se aplica cuando entre los participantes en un acuerdo media una relación de agencia, tal y como la define el Reglamento de Restricciones Verticales. La razón de ser de dicha exclusión reside en el hecho de que agente y principal no son dos empresarios independientes, pues el primero depende del segundo, de ahí que no pueda hablarse de un acuerdo entre dos empresas, sino de una “unidad económica”. Debe advertirse, con carácter previo, que el concepto de agencia que se utiliza en Derecho de la competencia no coincide con la noción de agente de la Ley de Contrato de Agencia y es independiente de la calificación de la relación jurídica que empleen las partes.

65. Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor alegan que la relación que les une con Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer, sus “agentes” según la denominación que les otorgan las partes, es una relación de agencia en el sentido del Derecho de la Competencia.

66. Según reiterada jurisprudencia de los tribunales comunitarios (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de septiembre de 2005, en el Asunto T-325/01 – *Daimler Chrysler AG v. Comisión Europea*, apdos. 86 y 87) “la jurisprudencia muestra que (la noción de unidad económica) no se limita a los casos en los que las sociedades mantengan relaciones de matriz a filial, sino que incluye asimismo, en

*ciertas circunstancias, las relaciones entre una sociedad y su representante comercial o entre un comitente y su comisionista. En efecto, al aplicar el artículo 81 CE (hoy 101 TFUE), la cuestión de si un comitente y su intermediario o «representante comercial» forman una unidad económica y éste es un órgano auxiliar integrado en la empresa de aquél, es importante para determinar si un comportamiento está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo (...) No ocurre lo mismo cuando los acuerdos entre el comitente y sus agentes atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un comerciante independiente, por contemplar la asunción por el intermediario de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros (véase, en este sentido, la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión). Así pues, se ha declarado que *los agentes sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente* y operan como auxiliares integrados en la empresa del comitente (véase, en este sentido, la sentencia Volkswagen y VAG Leasing)».*

67. Por consiguiente, para que un agente pueda ser considerado un empresario dependiente, es preciso que no soporte ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el principal, en este caso, en los contratos de compraventa de vehículos que negocian por cuenta del principal. Por el contrario, si el agente asume riesgos significativos derivados de dichos contratos, se trata de un empresario independiente, cuyos pactos con el principal se consideran acuerdos a los efectos de aplicar el Derecho de la competencia.
68. Las Directrices de Restricciones Verticales recogen los criterios que, según la jurisprudencia comunitaria, permiten concluir que un agente soporta el riesgo comercial o financiero de las actividades encomendadas por el principal y, consiguientemente, es empresario independiente: a) la propiedad de los bienes no le es transmitida y no contribuye a los costes de suministro o adquisición (costes de transporte, por ejemplo); b) no mantiene, corriendo con costes y riesgos, las existencias, y puede devolver sin recargo lo no vendido; c) no asume responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto ni por el incumplimiento del contrato ante los clientes; d) no está obligado a invertir en promoción de ventas ni realiza inversiones específicas en equipos, locales y personal; y e) no realiza otras actividades en el mismo mercado de producto por cuenta propia pero bajo requerimiento del principal. Es suficiente que el agente incurra en alguno de los costes mencionados, para que sea considerado un empresario independiente sometida a la prohibición del artículo 1 LDC.

69. Los concesionarios objeto del expediente alegan, básicamente, que Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer no son empresas independientes de sus principales por cuanto no ostentan la propiedad de los bienes objeto del contrato, no contribuyen a los costes relacionados con el suministro de los mismos, ni a los derivados del almacenamiento del stock. Las tres circunstancias mencionadas son indicativas, en efecto, de que el agente no asumiría el riesgo de la operación. Sin embargo, no es menos cierto que los talleres asumen otros riesgos concretos cuando venden vehículos de la marca Citroën por cuenta de sus principales, lo que permite concluir que son empresarios independientes de estos últimos.
70. En concreto, las Directrices de Restricciones Verticales disponen que no considera agente –entre otras circunstancias- al empresario que “realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación de personal (...) a menos que estos costes sean reembolsados por el principal”. En el caso que se nos presenta, la cláusula 4.1 del “Contrato de Agente Citroën” dispone que “para encontrarse en condiciones de cumplir los compromisos (que le impone el contrato), el Agente Citroën determinará e instalará, de conformidad con el Concesionario y en el marco de la política, los medios más adecuados a las características de su empresa”. Consiguientemente, del tenor literal del contrato se desprende que el agente está obligado a instalar en su empresa los medios que resulten más adecuados para cumplir con su obligación de vender vehículos de la marca por cuenta del principal, de acuerdo con las instrucciones que a estos efectos le facilite el Concesionario. En definitiva, Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer están obligados contractualmente a adaptar su empresa a las exigencias derivadas de la venta de vehículos, sin que en ningún momento se prevea que los gastos de dicha fijación o instalación sean sufragados por el concesionario.
71. Tampoco tiene la consideración de agente, según las Directrices, aquellas empresas que “esté(n) obligada(s), directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas”. Sobre el particular, la cláusula 4.2 del contrato señala que “el Agente dispondrá del personal y de la organización técnica y administrativa necesarios. Aplicará los métodos comerciales recomendados por el Concedente y asegurará la formación de su personal siguiendo las instrucciones de este último, a cuyo efecto el Concesionario comunicará al Agente Citroën los citados métodos e instrucciones”. Por consiguiente, resulta indubitado que Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer tienen la obligación de invertir en la formación de personal que va a participar en la venta, junto con la mejora de su organización interna destinada a dicho fin. En suma, los denominados agentes Citroën realizan inversiones destinadas a mejorar la promoción de las ventas, siguiendo instrucciones del principal, pero sin que los primeros asuman los riesgos derivados de dichas inversiones.

72. Frente a dichos argumentos, Núñez Motor alega que los talleres no tienen obligaciones específicas de inversión y que sólo las efectúan “cuando así lo desean”. No podemos compartir dicha argumentación por cuanto basta una simple lectura del contrato, en el que se utiliza la forma imperativa de los verbos, para comprobar que las cláusulas mencionadas no tienen, en modo alguno, carácter dispositivo para los agentes.
73. Núñez Motor sostiene, asimismo, que las Directrices, en su apartado 15, excluyen las inversiones en locales o personal como factores a tener en cuenta para determinar si el agente soporta los riesgos de las operaciones. El argumento no se sostiene pues el mencionado apartado sólo excluye los gastos en locales o personal, entre otros, en la medida en que tengan la consideración de riesgos relacionados con la prestación de “servicios de agencia en general”, cuestión esta que no se discute en el presente asunto. Téngase en cuenta, a estos efectos, que la letra f) del apartado 16 expresamente alude a las inversiones en locales o personal.
74. La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia alega que las relaciones entre los concesionarios y sus agentes tienen la naturaleza de agencia, si bien no ofrece razones de ciencia que nos permitan valorar dicha apreciación. En concreto, llama poderosamente la atención que esa Dirección de Investigación no concrete si asumen o no los riesgos vinculados a la actividad que realizan por cuenta de los concesionarios. Por otro lado, resulta también sorprendente que la Dirección de Investigación aprecie con tanta rotundidad que existe una relación de agencia en el caso que se nos presenta, cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia –órgano encargado de resolver los procedimientos instruidos por ésta- no ha emitido ninguna resolución –al menos, ninguna que conozcamos- en la que haya aplicado la excepción prevista para los agentes en el Reglamento de Restricciones Verticales.
75. Las Directrices de Restricciones Verticales declaran que “si el agente incurre *en uno o varios de los riesgos o costes mencionados* (...) el acuerdo entre el agente y el principal no tendrá la cualificación de acuerdo de agencia” a los efectos del Derecho de la competencia. De lo expuesto anteriormente, se concluye que Talleres Abreu, Talleres Cahersa y Talleres Mopefer incurren, al menos, en dos de los costes indicados en las Directrices, por lo que son empresas independientes de Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor y, por ende, los acuerdos adoptados entre las mismas están sometidos al Derecho de la Competencia.

Sexto: Acuerdo no amparado por el Reglamento de Restricciones Verticales

76. El párrafo cuarto del artículo 1 LDC dispone que la prohibición contenida en su párrafo primero no se aplica a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos comunitarios relativos a la aplicación del artículo 101.3 del TFUE.
77. El Reglamento de Restricciones Verticales establece una exención por categorías en cuya virtud los arts. 101.1 TFUE y, por extensión, el 1.1 LDC no resultan de aplicación a los acuerdos verticales que cumplen los requisitos establecidos en dicha normativa. Las Directrices de Restricciones Verticales, por su parte, describen el planteamiento seguido por las autoridades de competencia en relación con los acuerdos verticales no cubiertos por el Reglamento.
78. El Reglamento de Restricciones Verticales establece los requisitos que un acuerdo vertical en particular debe cumplir para considerarse exento de la prohibición del artículo 101.1 TFUE. Entre otras circunstancias, se exige que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves previstas. El Reglamento de Restricciones Verticales contiene cinco restricciones especialmente graves que llevan a la exclusión de cualquier acuerdo del beneficio del mismo, incluso si la cuota de mercado del proveedor y del distribuidor son inferiores al 30%. Es más, la Comisión Europea considera que, con carácter general, la presencia de una restricción especialmente grave no sólo impide que se pueda aplicar el reglamento, sino también permite colegir que los acuerdos verticales que las contienen incumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3, del TFUE y, por ende, están prohibidos.
79. En lo que ahora nos interesa, la segunda restricción especialmente grave prevista en el Reglamento de Restricciones Verticales (letra *b*) del art. 4) alude a las restricciones relativas al territorio donde, o los clientes a quienes el distribuidor puede vender porque suponen la división del mercado por territorio o por cliente. Los distribuidores deben ser libres para decidir dónde y a quién venden. Las restricciones relativas a territorios o clientes pueden ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes, pero también pueden ser consecuencias de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, como la denegación de primas, la negativa de suministros, etc. (véase el párrafo 50 de las Directrices de Restricciones Verticales).

80. En el presente asunto, ha quedado acreditado que los tres concesionarios objeto del expediente y sus agentes mantienen una política que no permite a los segundos participar en la modalidad de ventas denominada “ventas a colaboradores de la marca”. Consiguientemente, nos encontramos ante un supuesto de restricción de ventas a determinadas categorías de clientes en la medida en que Talleres Abreu, Talleres Mopefer y Talleres Cahersa no pueden vender los bienes objeto del contrato a un tipo de clientes en particular, formado por los colaboradores de la fábrica y sus familiares.
81. El Reglamento de Restricciones Verticales permite, excepcionalmente, que se impongan a los distribuidores restricciones territoriales o de clientes en determinadas circunstancias, contempladas en los apartados *i)* a *iv)* de la letra *b)* del art. 4. Así, entre otras, el apartado *i)* permite “la restricción de ventas *activas* en el territorio o al grupo de clientes reservado en exclusiva al proveedor (...)”, mientras que la restricción de ventas pasivas está prohibida (véase apartado 51 de las Directrices de Restricciones Verticales). Esta regla admite, a su vez, excepciones que no resultan de aplicación en el presente expediente en el que el principal limita las ventas pasivas a usuarios finales¹.
82. Como nos recuerdan las Directrices de Restricciones Verticales (apdo. 51), por ventas activas se entiende “la aproximación activa a clientes individuales (...) o la aproximación activa a un grupo de clientes”. Son ventas pasivas “la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes”.
83. La restricción vertical que venimos examinando comprende tanto las ventas activas como las pasivas y, consiguientemente, no está amparada por la exención prevista en el apartado *i)* de la letra *b)* del art. 4 del Reglamento de Restricciones Verticales. En efecto, tal y como reconocen los tres concesionarios denunciados, a Talleres Abreu, Talleres Mopefer y Talleres Cahersa no sólo se les ha prohibido la aproximación directa a determinados clientes individuales (venta activa), sino también la respuesta a pedidos no solicitados activamente, procedentes de clientes individuales (ventas pasivas). Es decir, los agentes denunciados no pueden vender vehículos a los colaboradores de la marca que se presenten en su local con el bono expedido por el fabricante para participar en esta modalidad de ventas.

¹ Esta regla admite, en efecto, determinadas excepciones recogidas en los apartados *ii)* a *iv)* de la letra *b)* del art. 4 del Reglamento de Acuerdos Verticales. Así, se permite al fabricante restringir las ventas, no sólo las activas, sino también las pasivas, en los tres casos siguientes: a) a sus mayoristas, para mantener separada la venta al por mayor de la venta al por menor; b) a sus distribuidores en el marco de un sistema de distribución selectiva, respecto de distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en que opera dicho sistema; y c) a sus compradores, respecto de componentes suministrados para ser utilizados en la fabricación del producto.

84. En definitiva, la prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, vigente entre los concesionarios de la zona de Vigo y sus agentes, constituye una restricción de la clientela, tanto activa como pasiva, que excluye la aplicación de la exención del Reglamento de Restricciones Verticales al acuerdo que venimos considerando.

Séptimo: Mercado relevante

85. La delimitación del mercado relevante es una cuestión esencial en la mayoría de los expedientes *antitrust*, bien sea para establecer que una empresa detenta una posición dominante en los términos del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), bien para determinar si una conducta colusoria es susceptible de tener efectos restrictivos de la competencia, según dispone el art. 1 LDC. Por este motivo, existe una amplia base doctrinal para la delimitación de los mercados, entre la que cabe destacar la *Comunicación de la Comisión Europea sobre el mercado relevante* que, a su vez, se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El citado texto basa la delimitación del mercado sobre dos pilares fundamentales: la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta.

86. En el presente expediente, el mercado de producto está constituido por las ventas de vehículos Citroën a los colaboradores de la marca, en la medida en que este canal de compras no es intercambiable o sustituible con otros, como son las ventas de vehículos Citroën al público en general o, incluso, la venta de vehículos de otras marcas. Ciertamente, entendemos que al trabajador de la marca Citroën que desea adquirir un vehículo, se le presentan dos posibilidades: puede adquirir un vehículo en unas condiciones económicas especiales vinculadas a su lugar de trabajo, o puede acudir al mercado “libre” y adquirir un vehículo sin esas ventajas. Aunque es cierto que algún trabajador puede prescindir de la rebaja económica y decantarse por vehículos de otras marcas, no lo es menos que la inmensa mayoría de los trabajadores preferirá la opción preferente que le ofrece la fábrica. Así las cosas, para los potenciales adquirentes (sustituibilidad de la demanda), la compra de vehículos con el bono de la fábrica y sin él no son intercambiables. Basta una rápida visita a las instalaciones de la fábrica y al estacionamiento reservado a trabajadores, para comprobar hasta que punto sus trabajadores no perciben los vehículos de otras marcas como sustitutivos.

87. Desde el punto de vista de la oferta, los fabricantes de automoción no ofrecen estas promociones a todos los trabajadores del sector, sino únicamente a los de sus respectivas marcas. Así las cosas, tampoco desde

el punto de vista de la oferta se puede hablar de un mercado de ventas a colaboradores más amplio que el que se circunscribe a cada una de las marcas.

88. La delimitación de un mercado de productos diferente para cada marca es plenamente coherente con la doctrina de los tribunales tanto nacionales, como comunitarios. Al respecto, cabe citar la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en el caso Mazda (*cit. supra*) en la que se toma como mercado de referencia “el servicio postventa de la marca Mazda”.
89. Gabisa Automoción, Comercial Automoto, Núñez Motor y la Dirección de Investigación de la CNC consideran, sin embargo, que el mercado relevante es mucho más amplio y está integrado por “el mercado de distribución minorista de turismos”, es decir, que comprende los vehículos de todas las marcas y en todas las formas de venta. Por las razones que acabamos de exponer, no podemos compartir dicha apreciación.
90. A mayor abundamiento, debemos señalar que la postura de la Dirección de Investigación incurre –a nuestro juicio– en una doble contradicción, tanto con la doctrina que mantiene el Consejo de la CNC, como con la propia doctrina de esa Dirección de Investigación en casos precedentes. De un lado, entendemos que esta línea de opinión es incompatible con la doctrina que mantiene el Consejo de la CNC sobre el particular. Recuérdese, en este sentido que, como acabamos de indicar, el Consejo de la CNC no tuvo inconveniente alguno para concluir en un reciente asunto que el mercado de producto estaba limitado a una marca en particular (*Mazda*) y a una determinada actividad relacionada con la comercialización de vehículos (los servicios post venta). No deja de sorprender que la Dirección de Investigación invoque, en nuestro caso, un precedente, la resolución Ford España (Expte. 132/95) remoto, no sólo por el tiempo transcurrido desde el mismo (es de 16 de enero de 1996), sino también porque poco o nada tiene que ver con el asunto que estamos examinando, cuando tiene precedentes mucho más cercanos, tanto temporal, como materialmente.
91. De otro lado, creemos que las alegaciones de la Subdirección de Investigación, no se sostienen a la luz de sus propias conclusiones en otros asuntos. En efecto, en su escrito de alegaciones, la Dirección de Investigación de la CNC sostiene que “*esta irrealidad en la definición de mercados de producto relevantes únicamente a través de la marca ya ha sido puesta de manifiesto por la autoridades de competencia*”. Sin embargo, en el expediente *Mazda* sostiene lo contrario, a saber: “la Dirección de Investigación considera que *el mercado de los servicios postventa debe ser delimitado según la marca, ya que desde el punto de vista del consumidor final estima que los servicios de reparación ofrecidos por los fabricantes difieren de unas marcas a otras y, por tanto, no son sustitutivos entre sí*. Así mismo, la Dirección de Investigación entiende que

desde el punto de vista de la oferta también cabe una distinción de los servicios postventa según la marca ya que, tal y como ha quedado puesto de manifiesto en este expediente y como se deriva de la regulación comunitaria, la competencia desde la oferta se estructura en torno a los servicios autorizados de una determinada marca y los denominados operadores independientes, esto es, aquellos operadores que no cuentan con esa autorización del fabricante”.

92. En la medida en que se trata de un pacto entre concesionarios y agentes que limitan contractualmente su actuación a la zona de Vigo, entendemos que puede concluirse que geográficamente el mercado se circunscribe a la zona de Vigo pues es en la misma donde la prohibición de realizar ventas pasivas a colaboradores despliega sus efectos.
93. Con todo, no es preciso realizar un examen en profundidad del mercado relevante pues, tratándose de una restricción vertical particularmente grave, la misma está prohibida independientemente de que las partes alcancen o no los umbrales mínimos de cuota de mercado previstos en el Reglamento de Restricciones Verticales. Según dispone el considerando 10 del citado texto legal: “los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones de la competencia especialmente graves, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas”.

Octavo: Carácter restrictivo de la competencia

94. La inclusión de una restricción especialmente grave en un acuerdo vertical da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del art. 101.1 TFUE y art. 1.1 LDC (*vid.* apdo. 47 de las Directrices de Restricciones Verticales). En consecuencia, la prohibición de vender vehículos de la marca Citroën en la modalidad de ventas a colaboradores, constituye un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido, en nuestro caso, por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
95. La inaplicabilidad de un Reglamento de Exención por categorías a un acuerdo en particular no impide que el mismo pueda beneficiarse de una exención con apoyo en las cuatro condiciones que prevén los arts. 101.3 TFUE y 1.3 LCD. Ahora bien, cuando se trata de las restricciones especialmente graves previstas en el art. 4 del Reglamento de Restricciones Verticales, las Directrices declaran que “da a lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3 (...) sin embargo, las empresas pueden demostrar los efectos favorables a la competencia (...) en su caso individual”.

96. Como es sobradamente conocido, el art. 101.1 TFUE y el 1.3 LDC exigen, para que un acuerdo restrictivo de la competencia pueda considerarse exento, que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y b) ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
97. Así pues, la conducta de los concesionarios denunciados y sus agentes no sólo infringe el artículo 1.1. LDC, sino que cabe presumir que es poco probable que cumpla las condiciones para conceder una exención, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.3 LDC.
98. Sobre el particular, los concesionarios niegan que la prohibición de vender a determinados clientes, tanto activa como pasivamente, tenga como objeto o efecto restringir la competencia cuando, según la normativa que acabamos de exponer, cabe presumir no sólo que son restrictivos de la competencia (en el sentido del art. 1.1. LDC) sino también que no pueden beneficiarse de una exención en virtud de los criterios que fija el párrafo 3º del mencionado artículo. Consiguientemente, creemos que no es necesario examinar en profundidad los argumentos sobre el carácter no restrictivo de una limitación de ventas pasivas a determinados clientes, por cuanto está expresamente incluida en el Reglamento de Restricciones Verticales entre las restricciones especialmente graves de la competencia.
99. Téngase en cuenta que en este expediente no se discute la prohibición de efectuar ventas activas a determinados clientes, las cuales están expresamente amparadas por el Reglamento de Restricciones Verticales, sino el hecho de que se prohíban también las ventas pasivas, es decir, aquellas que realiza el distribuidor al cliente que “entra por la puerta de su establecimiento” sin haber sido previamente requerido para ello. Así las cosas, es cierto que algunos de los argumentos esgrimidos por los concesionarios denunciados para justificar la prohibición de que los agentes participen en las ventas a colaboradores (escaso margen en este tipo de ventas, reducido valor añadido que aportan los agentes pues el cliente viene con un bono de la fábrica, etc.) pueden servir para explicar que se imponga una prohibición de ventas activas, pero no lo es menos que nada nos dicen acerca de qué razones de eficiencia explican que el agente tenga que “echar” de su establecimiento al cliente que le visita con un bono de la fábrica para adquirir su vehículo.

100. En definitiva, la prohibición de participar en las ventas pasivas a determinados clientes constituye una conducta colusoria que tiene un objeto o efecto restrictivo de la competencia, del que cabe presumir que no se puede beneficiarse de una exención individual ex artículo 1.3 LDC, sin que los concesionarios denunciados hayan acreditado el carácter pro competitivo de este tipo de cláusulas.
101. Respecto de la alegación de Núñez Motor relativa a la aplicabilidad de la regla de *minimis* a las conductas examinadas, el concesionario parte de un mercado de producto relevante y la posición que ocupa en el mismo que han sido rechazadas *supra*. Con independencia de lo que se diga en el fundamento de derecho siguiente respecto a la duración de la infracción, y su innegable influencia en el análisis *de minimis*, cabe recordar ahora que en el fundamento de derecho quinto se ha concluido que el mercado de producto relevante es el mercado de venta de vehículos a colaboradores, en el que Núñez Motor tiene una notable cuota de mercado, que le sitúa fuera del vigente Reglamento de Restricciones Verticales. A mayor abundamiento, la regla *de minimis* no resulta de aplicación cuando estamos en presencia de restricciones especialmente graves de la competencia, como sucede en el presente expediente (apdo. 11 de las Directrices de *minimis*).
102. En este sentido, al valorar los efectos exclusionarios de las referidas cláusulas, tanto las Directrices de *minimis* (apdo. 8) como el art. 2.4.b) del Reglamento de Defensa de la Competencia, llaman la atención sobre la necesidad de tener en cuenta los efectos acumulativos de exclusión cuando un porcentaje elevado del mercado está cubierto por redes de distribución de efectos en el mercado similares, como es el caso del mercado relevante en este expediente.

Noveno: Duración de la infracción

103. En el fundamento de derecho cuarto se ha considerado acreditado que el pacto por el que los concesionarios se reservan las ventas a colaboradores de la marca, se puso en práctica en el mes de febrero de 2009. Las empresas denunciadas no han siquiera alegado que hayan dejado sin efecto la conducta colusoria que venimos examinando. Por consiguiente, cabe concluir que la conducta a estado vigente hasta la fecha de adopción de la presente resolución, un total de cuatro años, desde febrero de 2009 hasta febrero de 2013.

Décimo: Sanción

104. La conducta anticompetitiva acreditada en este expediente constituye una infracción de la prohibición de acuerdos colusorios del artículo 1.1 LDC, que es calificada en el art. 62.3.a) de esta Ley como infracción grave. Este tipo de infracciones pueden ser sancionadas con una multa que puede alcanzar hasta el 5 por ciento del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.
105. A nuestro modo de ver, Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor, como parte principal de los acuerdos que integran la infracción acreditada, son responsables directos de la misma, en tanto que autores y supervisores de la aplicación de la política que impide a sus agentes participar en las ventas de vehículos a colaboradores de la marca.
106. El art. 63.1.b LDC exige que las empresas sean autores de forma negligente o deliberada de las conductas previstas en la LDC. En el presente asunto, la adopción de las conductas que integran la infracción acreditada, concurre en Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor, cuando menos, negligencia en la observación del deber de diligencia con el que debe actuar todo operador económico en el cumplimiento de la prohibición de acuerdos colusorios que dimana del artículo 1 LDC.
107. El art. 64 de la LDC establece los criterios que ha de seguir el Consejo en la determinación del importe de la multa, entre los que se incluyen la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la misma, así como sus efectos sobre otros operadores económicos y los consumidores.
108. Conforme a la *Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones por infracciones sustantivas de la LDC*, de 6 de febrero de 2009, (Comunicación de multas), la cuantificación de la sanción se realiza en las tres fases siguientes: a) determinación del importe básico de la sanción; b) aplicación de un coeficiente de ajuste al coeficiente básico, en función de las circunstancias agravantes o atenuantes; y c) ajuste, en su caso, a los beneficios obtenidos con la infracción.

a) Importe básico

109. El importe básico se calcula como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción, es decir, la suma ponderada de las ventas obtenidas por los infractores en los mercados de producto y geográficos en los que la conducta se haya producido. En el presente caso,

el volumen de ventas afectado por la infracción se refleja en la siguiente tabla:

Tabla IV. Volumen de ventas afectado por la infracción

EMPRESA	2009	2010	2011	2012 (Hasta Mayo)	Total
Gabisa Automoción	Confidencial				4.794.658,57€
Núñez Motor	Confidencial				5.991.209,32€
Comercial Automoto	Confidencial				6.661.588,63€

110. El importe básico se obtiene aplicando al volumen de ventas afectado, un porcentaje que estimamos adecuado fijar en el 10%, es decir, el mínimo previsto en la Comunicación de Multas. El importe básico se ha aumentado con la duración de la infracción, de acuerdo con el valor ponderado que establece la Comunicación de Multas.

b) Coeficiente de ajuste

111. Según dispone el art. 64.1, letra g) LDC, el importe básico de la sanción se verá incrementado o reducido en función de las respectivas circunstancias agravantes o atenuantes citadas en sus párrafos 2º y 3º.
112. A la hora de establecer dicho coeficiente de ajuste, debe tenerse en cuenta que la infracción acreditada se ha mantenido durante cuatro años y que la misma ha tenido efectos en el mercado de producto y geográfico relevantes, toda vez que la totalidad de las ventas a colaboradores fueron realizadas por Gabisa Automoción, Comercial Automoto y Núñez Motor.
113. Por otro lado, deben valorarse las características de la infracción y, muy especialmente, que no afecta directamente a los precios y que se limita a un tipo de ventas en particular.
114. Además, debemos atender al reducido volumen de negocio que suponen las ventas a colaboradores para los concesionarios, a la vista de las cuentas anuales que han presentado y que ponen de manifiesto el reducido importe de estas ventas respecto del volumen total de negocio que incluye las ventas a la generalidad del público y los servicios postventa.

115. A mayor abundamiento, un aspecto determinante a la hora de valorar el impacto de la conducta, reside en el hecho de que el Reglamento de Restricciones Verticales permite que se restrinjan las ventas activas a determinados clientes, limitando su reproche –como se ha dicho reiteradamente- a las ventas pasivas. Consiguientemente, el efecto de la conducta se circunscribe a las ventas pasivas que los agentes han dejado de realizar como consecuencia de pacto colusorio investigado.
116. Atendiendo a las consideraciones anteriores, con el propósito de que la cuantía de la sanción respete los principios de proporcionalidad y disuasión que informan el régimen sancionador de competencia, se considera adecuado aplicar un coeficiente negativo de ajuste del 97% y, por lo tanto, reducir el importe básico de la sanción en la mencionada proporción. Consiguientemente, la sanción que se impone equivale al 0,3% del volumen de negocio afectado por la infracción.
117. Por otro lado, conviene reseñar que el coeficiente de ajuste que aplicamos está en línea con la doctrina de la Comisión Nacional de la Competencia respecto de las restricciones verticales (véase, por todos, el expediente Mazda, al que hemos aludido en reiteradas ocasiones).
118. En virtud de todo lo anterior, la sanción que se impone a cada una de las empresas responsables, se expresa en la siguiente tabla.

Tabla V. Importe de la sanción

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



En consecuencia, el Consello Galego da Competencia con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar acreditada la existencia de una infracción grave del artículo 1.1 LDC, consistente en conductas colusorias que impiden a los agentes de los concesionarios objeto del expediente, realizar ventas a colaboradores de la marca Citroën, tanto activas como pasivas.

SEGUNDO: Declarar responsables de dicha infracción a Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, y Núñez Motor, SL.

TERCERO.- Imponer a Gabisa Automoción, SL una multa por importe de 14.383,97 Euros.

CUARTO: Imponer a Núñez Motor, SL. una multa por importe de 17.973,62 Euros.

QUINTO: Imponer a Comercial Automoto, SA una multa por importe de 19.984,76 Euros.

SEXTO: Intimar a Gabisa Automoción, SL, Comercial Automoto, SA, y Núñez Motor, SL., para que cesen en la conducta y, en lo sucesivo, se abstengan de realizar prácticas como la sancionada que puedan obstaculizar la competencia.

SÉPTIMO: Instar a la Subdirección de investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia* y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.