CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0577/16 VOLKSWAGEN

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

Dª. Clotilde de la Higuera González
Dª. María Ortiz Aguilar
D. Josep Maria Guinart Solà

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 7 de febrero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0577/16 VOLKSWAGEN, tramitado ante la denuncia formulada por parte de FACUA Consumidores en Acción (**FACUA**), contra VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA S.A. y SEAT, S.A. (conjuntamente, **VOLKSWAGEN**) por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (**LDC**).

CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO 3

II. LAS PARTES 4

1. Denunciante: FACUA consumidores en Acción (FACUA) 4

2. Denunciadas: VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. Y SEAT, S.A. (VOLKSWAGEN). 4

III. MERCADO AFECTADO 5

1. Mercado de producto 5

2. Mercado geográfico 5

3. Estructura del mercado 5

IV. HECHOS DENUNCIADOS 6

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO 6

PRIMERO. - Competencia para resolver 6

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor 7

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia 7

HA RESUELTO 9

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de octubre de 2015 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) denuncia, presentada por FACUA contra VOLKSWAGEN por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 3 de la LDC, consistentes en la comercialización de vehículos cuyos motores diésel poseían un *software* que limitaba la emisión de gases nocivos para la salud y para el medio ambiente en el momento de la inspección técnica, pero que no actuaba cuando el vehículo circulaba por carretera (folios 1.1.1 a 1.1.4).

2. Con fecha 29 de octubre de 2015, en el marco del expediente CNS/DC/134, la Dirección de Competencia (**DC**) remitió escrito a FACUA comunicándole, sobre la base del artículo 46 de la LDC, que no iba a iniciar una investigación en la medida en que los mismos hechos estaban siendo investigados por la Audiencia Nacional.

3. FACUA interpuso un recurso (R/AJ/118/15) ante el Consejo de a CNMC contra la comunicación de la DC, señalada en el punto anterior, al amparo del artículo 47 de la LDC.

4. Con fecha 25 de febrero de 2016, el Consejo de la CNMC estimó parcialmente el recurso interpuesto por FACUA contra el escrito de la DC remitido el 29 de octubre de 2015 y ordenó a la DC realizar las actuaciones necesarias para determinar con carácter preliminar si concurrían las circunstancias que justificaran la incoación de expediente sancionador en relación con los hechos denunciados por FACUA.

5. Con fecha 14 de marzo de 2016, se acordó el inicio de un procedimiento de investigación bajo la referencia S/DC/0577/15, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC con el fin de determinar con carácter preliminar la concurrencia de las circunstancias que justificaran la incoación de expediente sancionador (folio 1).

6. Con fecha 14 de marzo de 2016, la DC solicitó a la Audiencia Nacional (**AN**) información sobre el alcance de su investigación penal respecto de los hechos denunciados por FACUA. La contestación de la AN tuvo entrada en la CNMC el 28 de marzo de 2016 señalando que estaba investigando delitos de defraudación en perjuicio de una generalidad de personas (art 248.1, 248.2 b), 249 y 282 del Código Penal), fraude subvenciones del artículo 308 del mismo texto legal y delito contra el medio ambiente del artículo 325 del Código Penal imputados a VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA S.A.

7. Con fecha 16 de agosto de 2018, la Dirección de Competencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia (folios 49 a 56), al considerar que no se apreciaban indicios de infracción de la LDC.

8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó la presente resolución en su reunión de 7 de febrero de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes en el presente expediente:

1. Denunciante: FACUA consumidores en Acción (FACUA)

FACUA es una asociación de consumidores y usuarios constituida conforme a lo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Según sus Estatutos, aprobados en Asamblea General Extraordinaria el 7 de marzo de 2015 y disponibles en la página web de la asociación[1], está domiciliada en Sevilla y tiene entre sus fines difundir y defender los derechos de los consumidores y usuarios.

2. Denunciadas: VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A. Y SEAT, S.A. (VOLKSWAGEN).

Son sociedades cuyo objeto es la fabricación, importación o comercialización de vehículos de motor, partes, piezas de recambio y accesorios de las marcas *Volkswagen*, *Seat*, *Audi* y *Skoda* en España, así como cualesquiera otras actividades y operaciones complementarias relacionadas con la actividad principal, entre las que se incluyen la prestación de asistencia técnica y servicios.

Ambas sociedades son filiales al 100%, de forma indirecta, de Volkswagen A.G., matriz del grupo Volkswagen.

[1] https://www.facua.org/es/sobrefacua.php?Id=29

III. MERCADO AFECTADO

1. Mercado de producto

La DC considera que, teniendo en cuenta los precedentes existentes en el sector[2], el mercado afectado puede delimitarse como el mercado de fabricación y comercialización de turismos nuevos. En este mercado están todos los fabricantes de turismos. Los citados precedentes han dejado abierta la posibilidad de delimitar mercados diferenciados según la gama del turismo.

Desde el punto de vista de la sustituibilidad por el lado de la demanda, los potenciales interesados en la compra de un turismo no suelen tener preferencias significativamente diferentes según la marca del mismo.

2. Mercado geográfico

Los precedentes citados establecen que el mercado abarca el Espacio Económico Europeo (EEE) debido a que los principales fabricantes cubren todo el EEE desde sus fábricas situadas en un número reducido de países del EEE.

En la medida en que la denuncia que ha dado lugar al expediente de referencia se limita a identificar una infracción del artículo 3 de la LDC, el análisis para el presente caso se centra en España, puesto que es el ámbito geográfico en el que el artículo 3 de la LDC busca preservar el interés público de la libre competencia.

3. Estructura del mercado

Según los datos publicados por el Instituto de Estudios de Automoción, las marcas *Volkswagen, SEAT, Audi* y *Skoda* representaron el 7,3%. 7,6%, 4,4% y 2%, respectivamente, del total de matriculaciones de turismos en España en el año 2017. Esto supone una cuota conjunta del 22,5%. A continuación, se recoge una tabla con datos desglosados para el periodo 2014-2017:

MATRICULACIONES TURISMOS ESPAÑA								
	2014		2015		2016		2017	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Volkswagen	76.958	9,0%	88.300	8,5%	89.012	7,8%	89.602	7,3%
Seat	67.894	7,9%	77.529	7,5%	77.643	6,8%	94.461	7,6%
Audi	37.658	4,4%	44.062	4,3%	51.655	4,5%	54.939	4,4%
Skoda	18.193	2,1%	22.886	2,2%	24.278	2,1%	24.860	2,0%
Total Grupo	**200.703**	**23,5%**	**232.777**	**22,5%**	**242.588**	**21,1%**	**263.862**	**21,4%**
Total España	**855.308**	**100%**	**1.034.232**	**100%**	**1.147.009**	**100%**	**1.234.932**	**100%**

Fuente: Instituto de Estudios de Automoción

[2] Ver resoluciones de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, de 21 de noviembre de 2012, en el expediente S/0300/10 MAZDA, y de la CNMC, con fecha 12 de junio de 2014, en el expediente S/0457/13 GENERAL MOTORS.

IV. HECHOS DENUNCIADOS

FACUA denuncia que VOLKSWAGEN ha reconocido públicamente que ha comercializado turismos cuyos motores diésel poseían un *software* que limitaba la emisión de gases nocivos para la salud y para el medio ambiente cuando el vehículo era sometido a una inspección técnica, anulándose tal limitación cuando el turismo circulaba por carretera.

Según los datos publicados en prensa y suministrados por VOLKSWAGEN, el software objeto de la denuncia de FACUA se habría instalado en los turismos del grupo equipados con los motores diésel EA-189 y estos turismos habrían sido comercializados en España entre los años 2009 y 2015.

Concretamente según los datos publicados en prensa por VOLKSWAGEN, se habrían visto afectados 257.479 turismos de la marca *Volkswagen*, 221.783 de *SEAT*. 147.095 de *Audi*, 37.082 de *Skoda*, lo que da un total de 663.439 turismos.

Estas cifras implican una media anual de turismos con este motor comercializados por estas marcas en España por debajo de las 100.000 unidades, lo que representa alrededor del 50% de los turismos comercializados por estas marcas en cada uno de los años del periodo afectado.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC "*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*". El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de "*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*".

Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que "*La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio*".

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

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

Resulta por tanto necesario valorar la ausencia de indicios de la conducta de VOLKSWAGEN, tal y como propone la DC, o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción del artículo 3 de la LDC, que motiven la incoación del expediente sancionador.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el apartado 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), estipula que: "*1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo*".

Así pues, el objeto del presente expediente es analizar si la conducta de VOLKSWAGEN presenta indicios de una posible restricción de la competencia de las tipificadas en el artículo 3 de la LDC.

La DC considera que no existen indicios de que la conducta denunciada tenga aptitud, por sí misma, para generar una afectación a la competencia y al interés público, como exige el artículo 3 de la LDC.

En consecuencia, la DC propone la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

El artículo 3 de la LDC señala que la CNMC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas "*conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*."

De ello se desprende que la CNMC solo está facultada para sancionar una conducta reputada desleal cuando la misma falsee la competencia y afecte al interés público.

Así pues, para apreciar una infracción del artículo 3 LDC es necesario que verifique un falseamiento en el funcionamiento competitivo del mercado que afecte al interés público.

En el presente caso debe por tanto analizarse si existen indicios de que la conducta de VOLKSWAGEN genere un falseamiento de la libre competencia.

En este sentido, en el periodo en el que se produce la conducta analizada (2009-2015), las variables más relevantes de cara a la elección de un turismo eran el precio, las prestaciones del turismo o la imagen de marca asociada al mismo. Por el contrario, las emisiones de gases contaminantes publicadas por cada turismo solían tener un papel secundario en la mayor parte de los demandantes a la hora de tomar su decisión de compra de un vehículo[3]. por lo que, sin necesidad de entrar a valorar si existiese o no competencia desleal, no existen indicios para considerar que la conducta tiene aptitud para afectar a la competencia en el mercado o para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado ni por tanto de que se cumplan las exigencias para aplicar el artículo 3 LDC[4]. Todo lo anterior lleva a concluir que no existen

[3] La DC basa su análisis en un estudio econométrico reciente en el que se analizan distintas variables que influyen en las diferencias de precios de los turismos entre distintos países de la Unión Europea. Este estudio pone de manifiesto que los precios vienen fundamentalmente influidos por las distintas configuraciones y precios de los extras del vehículo y que las emisiones de hidrocarburos para los vehículos diésel tienen un efecto neutro sobre los precios, mientras que las emisiones de NO tienen un efecto negativo, si bien puede venir influido por el impacto que tienen en la cuantía a pagar por impuestos de matriculación. Does marketing widen borders? Cross-country price dispersion in the European car market. European Central bank Working paper Series, nº2059- Disponible en https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2059.en.pdf

4 En este contexto, conviene tener en cuenta lo señalado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Torrelavega (Cantabria), en su sentencia de 19 de mayo de 2016, en la que se desestima la demanda de un particular contra VOLKSWAGEN por hechos similares a los denunciados por FACUA.

En particular, esta sentencia ha destacado que tras las modificaciones en los motores propuestas por VOLKSWAGEN, voluntariamente ofrecidas por este operador a todos los consumidores afectados, sin coste adicional para los mismos, y conforme a lo señalado en un informe emitido por la Oficina Federal de Circulación de Alemania, los vehículos de VOLKSWAGEN afectados cumplirán los límites y demás requisitos en materia de emisiones contaminantes y durabilidad de sistemas de control de emisiones, no presentarán variaciones en la potencia y par máximo, ni variaciones en las emisiones sonoras.

indicios de que la conducta de VOLKSWAGEN denunciada por FACUA tenga aptitud, por sí misma.

Sin perjuicio de lo anterior otros intereses públicos que puedan verse afectados por la supuesta publicidad engañosa de VOLKSWAGEN van a poder ser preservados en el marco de la investigación penal que está realizando la Audiencia Nacional[5].

A la vista de lo anterior, en ausencia de otros elementos acreditativos adicionales y sin perjuicio de la posible incoación de procedimiento sancionador en caso de aparición de nuevos indicios de conductas prohibidas relacionadas con el caso, esta Sala estima adecuada la propuesta de la DC y considera que deben archivarse las actuaciones seguidas en relación con las conductas investigadas.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/DC/0577/16 VOLKSWAGEN, como consecuencia de la denuncia presentada por FACUA Consumidores en Acción (FACUA) por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

[5] En particular, entre los delitos investigados por la Audiencia Nacional, cabe indicar lo dispuesto por el artículo 282 del Código Penal: "*Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos*."

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