Roj: **SAN 1326/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1326**

Id Cendoj: **28079230062019100100**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **26/03/2019**
Nº de Recurso: **515/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000515 / 2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **04680/2015**

Demandante: **SANTANO AUTOMOCIÓN**

Procurador: **Dª. ISABEL CAMPILLO GARCÍA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: **SEAT, S.A**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de marzo de dos mil diecinueve.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 515/15 promovido por la Procuradora Dª. Isabel Campillo García, actuando en nombre y representación de **SANTANO AUTOMOCIÓN** contra la resolución de 28 de mayo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 101.958 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" se declare la no conformidad a derecho de la presente resolución y declare su íntegra anulación. Subsidiariamente, se solicita la reducción de la sanción o bien se ordene a la CNMC que practique la reducción de la misma, teniendo en cuenta los criterios para dicha reducción que han sido expuestos a lo largo del presente escrito, incluyendo su limitación al importe de beneficio de la actividad investigada. Todo ello con condena en costas a la demandada .."

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

En el mismo sentido se pronunció SEAT, como parte codemandada.

TERCERO .- Mediante diligencia de 0rdenación de 18 de mayo de 2016, se fijó la cuantía del recurso en 101.958 €.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba y una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones quedaron los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Seguidamente, mediante providencia de 17 de enero de 2019, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 23 de enero de 2019, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 28 de mayo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 101.958 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW", era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

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

SANTANO AUTOMOCIÓN

(...).

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

81.SANTANO AUTOMOCIÓN, S.A.: 101.958 euros

(...)

SÉPTIMO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. SEAT, S.A. presentó el 24 de abril de 2013 en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una solicitud de exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, en beneficio de la citada empresa, de todas sus filiales directas e indirectas y del grupo al que pertenece SEAT, en relación con determinadas prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución de vehículos de motor de concesionarios propios e independiente, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales para

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

la venta de vehículos de las marcas VOLKSWAGEN (VW), AUDI y SEAT, aportando pruebas documentales, que fue completada posteriormente el 27 y el 30 de mayo, el 3 y el 14 de junio, el 16, 18 y 26 de julio de 2013.

2. A la vista de la solicitud y del valor probatorio de la documentación aportada, el 30 de abril de 2013, la Dirección de Investigación (DI) acordó iniciar diligencias previas relacionadas con unas posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, a fin de determinar, la incoación de un expediente sancionador.

3. El 4 de junio de 2013 la DI, acordó conceder la exención condicional del pago de la multa en relación con la solicitud de exención presentada por SEAT, S.A., en beneficio de la citada empresa, así como en nombre de todas sus filiales directas o indirectas y de las entidades que conforman el grupo al que SEAT pertenece, en relación con su participación en determinadas prácticas colusorias entre los concesionarios de las marcas VW, Audi y SEAT en el territorio español.

4. Con fechas 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI realizó inspecciones en las sedes de ANT SERVICALIDAD, S.L., la ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS), la ASOCIACION NACIONAL DE CONCESIONARIOS SEAT (ANCOSAT), la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE LA AUTOMOCIÓN (FACONAUTO) y en los concesionarios CARHAUS, S.L., M. CONDE, S.A. y SAFAMOTOR, S.A.

5. El 26 de julio de 2013 la DI notificó un requerimiento de información relativo a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor a diversos concesionarios y ANT, CROWE HORWATH SPAIN, ACEVAS y ANCOSAT. Entre el 31 de julio y el 23 de agosto de 2013 tuvieron entrada la mayoría de los escritos de contestación a los requerimientos de información realizados.

6. El 29 de agosto de 2013, la DI, acordó la incoación del expediente sancionador S/0471/13 contra A.N.T. SERVICALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P y SEAT, S.A., la Asociación de Concesionarios Españoles de Volkswagen, Audi y Skoda (ACEVAS), la Asociación Nacional de Concesionarios SEAT (ANCOSAT) y 53 concesionarios distribuidores de vehículos VW, AUDI o SEAT, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC consistentes, en general, en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de las marca AUDI, SEAT y VW.

7. El 11 de septiembre de 2013 se recibió en la CNC una denuncia anónima exponiendo la existencia de acuerdos de precios y otras condiciones entre concesionarios de la marca VW en la zona centro, con el conocimiento de la marca, aportando varios de esos acuerdos (protocolos de revisión fechados el 11 de mayo de 2010, el 11 de octubre de 2011 y el 9 de febrero y el 12 de abril de 2012) y presupuestos de diferentes concesionarios con importes coincidentes y un informe de ANT que permite comprobar dicho cumplimiento (folios 15115 a 15146).

8. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/12013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto , por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.

9. El 29 de abril de 2014, a la vista de la documentación obrante en el expediente, tras la información aportada por los concesionarios requeridos, la DC acordó, la ampliación de la incoación contra 18 concesionarios más.

10. El 31 de julio de 2014 la DC acordó ampliar la incoación a 31 concesionarios más.

11. El 10 de septiembre de 2014 la DC acordó, ampliar la incoación contra 7 concesionarios más.

12. El día 3 de octubre de 2014, la DC formuló Pliego de Concreción de Hechos, que fue a continuación notificado a las partes.

13. Tras la notificación del PCH, tomar vista del expediente y acceder a la solicitud de clemencia el 8 de octubre de 2014, los distintos concesionarios formularon alegaciones al PCH.

14. El día 23 de diciembre de 2014, la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción y el 29 de diciembre de 2014, emitió Propuesta de Resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

15. El día 29 de enero de 2015, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

16. Con fecha 5 de febrero de 2015, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, la ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses, siendo la nueva fecha de caducidad del expediente el 28 de mayo de 2015.

17. Con fecha 16 de abril de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir de información el volumen de negocios total en 2014 de las empresas incoadas. Asimismo, para aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, el volumen de negocios en España, correspondiente al mercado de la distribución de vehículos de motor de las marcas AUDI, SEAT y VW respecto de los distintos años dependiendo de la empresa requerida, notificándose a las interesadas y suspendiéndose el plazo para resolver hasta que fuese aportada la totalidad de la información requerida o trascurra el plazo otorgado para su aportación.

Con fecha 5 de mayo de 2015, se acuerda el levantamiento de la suspensión con efectos de 5 de mayo de 2015, notificándose a las partes y siendo la nueva fecha de caducidad el 12 de junio de 2015.

18. Finalmente, la Sala de Competencia dictó con fecha 28 de mayo de 2015, la resolución que aquí se recurre.

SEGUNDO .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, SANTANO AUTOMOCIÓN , del siguiente modo:

La actividad principal de SANTANO AUTOMOCIÓN, con sede en Cáceres, es la venta de vehículos de las marcas AUDI y VW. *(...)*

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cuál es la relación entre la marca y el concesionario, se refiere al régimen jurídico de los concesionarios, regidos por contratos de distribución de vehículos y de servicios concertados con los proveedores y fabricantes de las marcas oficiales de modo tal que el proveedor vende sus productos al distribuidor y éste los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial.

Señala que en la distribución minorista de automóviles nuevos la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que éste establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados, práctica que estaría cubierta por el Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. De éste modo, el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos derivados del negocio.

En cuanto a la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

La resolución recurrida explica que, el precio final comprendería:

- Una retribución fija, destinada a cubrir los costes estructurales en los que incurre el concesionario para cumplir con los estándares mínimos exigidos por el contrato de concesión. Y

- Una retribución variable, que se hace depender de los objetivos de ventas relacionados directamente con el volumen de ventas y la satisfacción y fidelidad de los clientes (Descuentos de volumen, ligados al cumplimiento de los objetivos de volumen de ventas; descuentos mixtos, ligados al cumplimiento de los objetivos de ventas de modelos de vehículos específicos; descuento de regularidad, que depende del mantenimiento durante un determinado período de tiempo del cumplimiento de los objetivos de volumen y ventas mixtas; retribuciones en función de la satisfacción y lealtad del cliente; retribución por publicidad, que depende de la inversión del concesionario en publicidad y en campañas de lanzamiento locales; o la capacidad de retribución, vinculada a la capacidad de exposición, la buena gestión del stock de vehículos, de exponer modelos concretos de vehículos en el expositor y de la disponibilidad de vehículos de demostración al servicio de los clientes).

El precio de venta recomendado que la marca comunica al concesionario vendría entonces determinado como la cantidad que resulta de detraer al precio franco fábrica la retribución fija del concesionario. En consecuencia, el incentivo vinculado a la retribución variable sería el elemento competitivo más importante entre los concesionarios y en relación al cual se habrían detectado las prácticas anticompetitivas finalmente sancionadas.

Por lo que se refiere a la delimitación del **mercado afectado** , y en particular, en relación al mercado de producto, la resolución sancionadora lo define como el de la distribución de vehículos de motor nuevos de las marcas del grupo SEAT, es decir, AUDI, SEAT y VOLKSWAGEN, a través tanto de concesionarios independientes, sujetos a

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

un contrato de concesión por el fabricante de dichas marcas, como de concesionarios propiedad del fabricante de dichas marcas. Ello responde a la imposibilidad de delimitar las conductas a unos modelos de vehículo concretos dentro de las marcas indicadas al entender acreditado que los modelos excluidos en los acuerdos en un período varían y son incluidos en otro período.

En cuanto al **mercado geográfico** dice que comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

Por otro lado, advierte que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

En casos como éste, dice la resolución recurrida, el proveedor, según el contrato que suscribe con los concesionarios y que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine y que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario. Así pues, los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, con una influencia significativa en las provincias limítrofes.

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida describe las conductas investigadas.

Así, dice que los concesionarios incoados, tanto propios del fabricante de las marcas AUDI, VW y SEAT como independientes, pactaron precios y condiciones de venta de vehículos de estas marcas, adoptándose e implementándose tales acuerdos en hasta siete zonas diferenciadas territorialmente. Explica que analiza conjuntamente las prácticas realizadas en relación con las marcas AUDI y VW pues la mayoría de los concesionarios implicados en las citadas prácticas vendieron durante la vigencia de las mismas ambas marcas y en las reuniones celebradas se acordaban los precios y las condiciones comerciales de éstas. Así lo revela, según la CNMC, el correo electrónico de 1 de marzo de 2012 convocando a una reunión a los participantes en el cártel de AUDI y VW de la Zona Madrid, la remisión el 11 de junio de 2012 por M.CONDE a ANT de los acuerdos de precios de ambas marcas o el envío por ANT de sus informes respecto de ambas marcas.

A juicio de la CNMC, cabe diferenciar, no obstante, una serie de hechos comunes a todos los cárteles.

Así, la resolución recurrida entiende acreditado que tanto en los acuerdos entre los concesionarios de la marca SEAT como en los de las marcas AUDI y VW participaban las respectivas asociaciones, ANCOSAT y ACEVAS, convocando y organizando las reuniones y enviando las condiciones acordadas (generalmente a una empresa concesionaria con un papel de coordinador, que luego la remitía al resto de concesionarios de dicha zona).

Explica que, según el solicitante de clemencia, los acuerdos relativos a las marcas VW y AUDI empezaron a forjarse en el contexto de las reuniones de ACEVAS, que tuvo un rol esencial en la gestación y desarrollo de los acuerdos adoptados por los concesionarios de dichas marcas, proponiendo ACEVAS extender el cártel de la Zona de Madrid a nivel nacional, siendo también relevante la participación del representante de M.CONDE

Alude a las pruebas en el expediente que acreditan la colaboración de ACEVAS con ANT y HORWATH, con el fin de extender los acuerdos de las marcas de AUDI y VW a nivel nacional, para lo cual se proyectó un sistema de seguimiento y control elaborado por ANT y HORWATH a petición de ACEVAS, en julio de 2012. Pese a que los concesionarios propios del fabricante de las marcas VW y AUDI no son miembros de ACEVAS, asistían a las reuniones del cártel que eran convocadas por esta asociación y que se celebraban en sus instalaciones, a menudo tras las reuniones de dicha asociación.

En relación con la marca SEAT, ANCOSAT recibía los correos electrónicos remitidos por ANT y convocó reuniones del cártel en las que también participaron las unidades de negocio integradas en SME, propiedad del fabricante de la marca.

Dedica especial atención la resolución recurrida a explicar el papel de ANT.

Así, dice que los concesionarios establecieron un sistema de monitorización o seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT. La actividad principal de ANT consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contratan sus servicios, bajo la marca "El Cliente Indiscreto",

normalmente a través de estudios de calidad en los que figura solamente la información referente al concesionario al que se refiere y a disposición únicamente del concesionario evaluado.

Además, ANT prestaba también otros servicios a los concesionarios, que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas, cuya finalidad era, tal y como expresamente especifica ANT en sus presentaciones, *"acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos",* consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido.

Con ese fin, hacía un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias" (es decir, los incumplimientos), a los integrantes del cártel de cada zona y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Esa metodología se pone de manifiesto en una presentación de ANT de 13 de septiembre de 2012.

Explica la resolución recurrida que, en sus visitas a los concesionarios, ANT recopilaba información sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos por cada concesionario con el fin de comprobar si cumplían el acuerdo. Además del estudio de calidad de atención al cliente, los concesionarios del cártel de cada zona recibían una "Tabla Resumen" en la que figuraban, en cuadro desagregado por columnas las condiciones ofrecidas por los concesionarios de cada cártel. En dicho documento quedaba reflejado si se había respetado el precio máximo o se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro de los acuerdos adoptados. ANT indicaba literalmente en sus presentaciones la "peligrosidad" de estos informes. Así, se les denominaba normalmente "estudios de mercado", haciendo hincapié en el desconocimiento de los evaluadores sobre el verdadero objetivo de dichos informes, que no es otro que comprobar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios. Por ello, se utilizan términos vagos y poco expresivos, y en caso de incumplimiento, el mismo se hacía constar como "observación o incidencia":

Los concesionarios contrataron los servicios de ANT con el objetivo de que los informes elaborados por ésta sirvieran para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Así, junto con los resultados individuales de cada concesionario, ANT enviaba mensualmente a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, adjuntando el estudio que ANT titula "tabla de resultados", que resume el resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Dicho estudio incorporaba un cuadro resumen de las ofertas de cada concesionario por modelo de coche (por lo general, dos modelos de cada marca) desglosado por condiciones comerciales del acuerdo (precio de mercado, oferta, regalos, tasación, financiación, cuota correcta), resaltando las "incidencias", esto es, los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos.

De este modo, todos los concesionarios de cada zona recibían la tabla de resultados, lo que les permitía conocer las condiciones comerciales ofrecidas por el resto de concesionarios de su zona, así como aquéllos que hubieran incumplido el acuerdo. Los informes eran enviados con carácter previo por ANT a determinados concesionarios diferenciados por su papel de facto de coordinadores, para recabar su "visto bueno". De hecho, para evitar errores y adaptar las visitas, los concesionarios solían informar a ANT de las campañas y precios oficiales que la marca pondría en marcha en los meses siguientes.

En algunas ocasiones (como en el cártel de la Zona Madrid y de la Zona Cataluña de AUDI/VW), los concesionarios acordaron un sistema de sanciones mediante el cual el concesionario que incumpliera las condiciones pactadas estaba obligado a pagar una multa. Las tarifas de las multas se fijaban en 500€ por la primera infracción, 1.000€ por la segunda, 1.500€ por la tercera, así hasta 3.000€ por tres o más incidencias. Las multas, que se recaudaban por ANT, se acumulaban y servían para financiar el coste asociado a la contratación de sus servicios facturándose como "estudio extraordinario". La acumulación de varias multas permitía en alguna ocasión que las visitas de ANT de un mes salieran "gratis", en cuanto que sus servicios se pagaban por lo recaudado.

Respecto de los hechos acreditados en relación específicamente a los acuerdos adoptados por concesionarios AUDI y VW **,** estos se adoptaban en las zonas geográficas en las que se agrupaban los concesionarios partícipes: Zona Madrid, Cataluña, Andalucía, Asturias, Valencia y Zona Norte, fijándose en cada zona las condiciones de los acuerdos, con la colaboración de ACEVAS y la participación de ANT.

La duración varía según la zona, aunque en términos generales las prácticas se iniciaron en 2008, manteniéndose en el tiempo hasta la realización de las inspecciones en junio de 2013, si bien el solicitante de exención puso fin a tales prácticas con anterioridad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2007.

La asociación ACEVAS convocó las reuniones del cártel y asumió un papel de liderazgo, especialmente cuando decidió extender los acuerdos de la Zona Madrid a nivel nacional. El cártel de los concesionarios AUDI y VW de la Zona de Madrid es particularmente relevante pues, en su desarrollo en un período que la DC considera prescrito, sirvió de modelo y fue exportado a otras zonas, en particular a la de Cataluña, teniendo un papel destacado en el mismo M. CONDE hasta 2012 y a partir de dicho año, MOTORSAN, quienes convocaban las reuniones del cártel y remitían los protocolos de revisión de los acuerdos adoptados y los informes de ANT.

La génesis del cártel se remonta al año 2008, momento en que la disminución de la demanda condujo a los concesionarios, especialmente en la Zona Madrid, a una "guerra de precios", por lo que los distribuidores de VW y AUDI acordaron fijar unos precios de venta mínimos.

Específicamente, en la zona de Andalucía, explica la resolución sancionadora, los 21 concesionarios implicados con la colaboración de ACEVAS y ANT, desde diciembre de 2009 hasta, al menos, junio de 2013, alcanzaron acuerdos para fijar los niveles máximos de descuentos aplicables al precio de venta al público recomendado establecido por la marca, los valores máximos de tasación de vehículos usados y otras condiciones de venta, tales como términos de garantía extendida y otras condiciones comerciales.

El funcionamiento del cártel, según la resolución sancionadora, se inspiraba en los acuerdos adoptados en la denominada Zona Madrid, convocándose a finales de 2009 reuniones por BAHÍA MÓVIL en el marco de las reuniones territoriales mensuales de ACEVAS, a las que los concesionarios no miembros de esta asociación, es decir, los concesionarios propios de la marca, MÁLAGA WAGEN y SEVILLA WAGEN, también estaban invitados, para acordar las condiciones comerciales que debían ser aplicadas por los concesionarios en dicha zona, principalmente, los descuentos máximos a aplicar al precio recomendado de ciertos modelos, así como otras condiciones comerciales, como el tipo de interés mínimo ofrecido por el concesionario para la financiación de los vehículos de las marcas AUDI y VW.

En un correo electrónico de 30 de diciembre de 2009 aportado por el solicitante de exención (folios 1245 a 1252) se adjuntaban los documentos denominados "ESTRATEGIA COMERCIAL 2010 VW.PDF" y "ESTRATEGIA COMERCIAL 2010 AUDI.PDF", en los que figuran las condiciones comerciales acordadas por los concesionarios de la Zona Andalucía para las marcas VW y AUDI, en los que se especifican detalladamente los modelos de vehículos nuevos a los se aplica el acuerdo para ambas marcas y los vehículos que quedan excluidos del acuerdo, el margen de error admitido (de hasta 30 € por expediente), el descuento máximo, los gastos de matriculación y en concepto de pre entrega para aquellas ventas sin matriculación, así como el tipo de interés de financiación. El seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de este cártel fue también realizado por ANT en condiciones idénticas al sistema seguido en las zonas de Madrid y Cataluña, esto es, ANT visitaba los concesionarios participantes de los acuerdos y les remitía posteriormente un informe comparativo indicando los concesionarios que incumplían los términos acordados por el cártel, marcando el diferencial que excedía de 50 € entre el precio acordado y el llamado "precio de mercado".

CUARTO.- Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción prohibida en el artículo 1 de la LDC consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos de las marcas AUDI, VW y SEAT a través de concesionarios independientes del fabricante y concesionarios propiedad de la marca, con la colaboración, dependiendo de las marcas de vehículos y de las zonas geográficas de dos asociaciones, ACEVAS y ANCOSAT, y de dos empresas de consultoría y servicios, ANT y HORWATH.

Seguidamente describe los hechos determinantes de la infracción supuestamente cometida por las citadas empresas del siguiente modo:

En el caso de SANTANO AUTOMOCIÓN., la imputación obedece a :

su participación en el cártel de concesionarios de las marcas AUDI y VW de la Zona Andalucía desde febrero hasta junio de 2013.

.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente tras explicar el proceso de formación del precios de vehículos nuevos en la red oficial AUDI WOLKSWAGEN denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al entender que la resolución recurrida se funda en meros indicios (facturas y estudios de mercado) para inferir de allí acuerdos colusorios inexistentes. Se abstiene de estudiar los contratos y el proceso de formación de precios en las redes oficiales de las marcas del Grupo SEAT, así como el mercado de automoción pues de haberlo hecho la conclusión de la CNMC sería otra.

Respecto al intercambio de información, no consta se haya producido pues ni contrató ni recibió informes de ANT pero aun admitiendo que se hubiera producido, la resolución sancionadora no acredita que se haya producido una reducción o debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado y éste no se ha examinado como tampoco el proceso de distribución de los vehículos audi wolkswagen ni los efectos que pudiera ejercer sobre él un supuesto intercambio de información.

En segundo lugar, denuncia la infracción del principio de tipificación pues los hechos analizados no integran un cártel (para ello, sería necesaria la presencia de concesionarios de distintas marcas pues los de una sola si acuerdan precios enviarían a los consumidores a comprar a la competencia) ni intercambio de información sensible entre los miembros de una red oficial sujetos a unas condiciones comerciales y a una disciplina impuesta por la parte concedente que no ha sido investigada.

En tercer lugar, la falta de consideración de las circunstancias necesarias para imponer la multa, conforme al art. 64.1 de la Ley 15/2007 . Así, no se ha efectuado análisis del mercado de producto y geográfico.

En cuanto a la cuota de mercado se ha tenido en cuenta la suma de los volúmenes de venta de los investigados, pero sin tener en cuenta que los periodos investigados son distintos y sobre un mercado integrado por los vehículos de una sola marca vendidos por los implicados ni siquiera integrado por todos los vehículos de SEAT en territorio nacional.

Tampoco se ha analizado el alcance de la infracción teniendo en cuenta la escasa influencia del concesionario sobre el precio del vehículo, la duración de la infracción, la incidencia sobre los derechos de los consumidores y usuarios ni el beneficio ilícito obtenido por la infracción.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, debemos analizar, si como sostiene la recurrente, no se ha acreditado su participación en el llamado cartel de la zona de Andalucía pues afirma que SANTANO AUTOMOCION nunca contrató los servicios de ANT VERTICALIDAD, no ha recibido la visita de ningún cliente indiscreto ni se le ha facturado ningún servicio por ese concepto. Tampoco aparece en ninguno de los documentos que la CNMC ha obtenido de esta empresa ni pertenece a la zona Andalucía porque ni siquiera es limítrofe (limita con Toledo, Ávila, Salamanca y Badajoz)

El Abogado del Estado se limita a citar la mención que la resolución sancionadora hace a SANTANO AUTOMOCIÓN como destinatario del correo convocando a una reunión el 13 de febrero de 2013, pero no rebate la argumentación de la actora.

Lo propio hace el codemandado SEAT que no hace mención alguna a la recurrente.

A nuestro juicio, y pese a lo que afirma la resolución recurrida, no apreciamos elementos probatorios que acrediten la participación de SANTANO AUTOMOCION en el cartel.

Así resulta, en primer lugar, que SANTANO AUTOMOCIÓN no se encuentra incluido en la lista de concesionarios implicados en el cartel, según indicó el solicitante de clemencia (folios 1385-1394).

Como ya hemos declarado, en la sentencia de 29 de noviembre de 2016, rec. 31 / 2013 siguiendo la jurisprudencia del TJUE, las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco carecer de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de prueba adicionales.

En el presente caso, ese dato aparece corroborado por otros elementos probatorios.

Así, no aparecen facturas expedidas por ANT a SANTANO AUTOMOCIÓN correspondientes a estudios de mercado realizados por la primera. En la pág. 73 de la resolución recurrida se precisan las facturas emitidas por ANT a los distintos concesionarios de la Zona Andalucía por sus servicios y no se cita a SANTANO AUTOMOCION, comprobando esta Sala en el expediente que, efectivamente, ANT no emitió facturas a SANTANO.

Ya se ha explicado que junto con el informe relativo a la atención al cliente que el personal del concesionario ofrecía al supuesto comprador, ANT enviaba mensualmente a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, adjuntando el estudio que ANT titula "tabla de resultados", que resume el resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Dicho estudio incorporaba un cuadro resumen de las ofertas de cada concesionario por modelo de coche (por lo general, dos modelos de cada marca) desglosado por condiciones comerciales del acuerdo (precio de mercado, oferta, regalos, tasación, financiación, cuota correcta), resaltando las "incidencias", esto es, los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

De este modo, todos los concesionarios de cada zona recibían la tabla de resultados, lo que les permitía conocer las condiciones comerciales ofrecidas por el resto de concesionarios de su zona, así como aquéllos que hubieran incumplido el acuerdo.

Por lo tanto, a juicio de la Sala, es muy relevante el hecho de que no figuren facturas pagadas por SANTANO AUTOMOCION a ANT pues ello revela que la actora no ha participado en el esquema de funcionamiento del cartel tal y como éste se explica en la resolución recurrida.

A partir de aquí, otros elementos confirman la falta de participación de SANTANO AUTOMOCIÓN en el cartel de Andalucía.

Así, en los folios 66 y 67 de la resolución impugnada se recogen unas notas a pie de página 85 a 92 que aluden a correos, anotaciones manuales, listados de modelos de vehículos, facturas de "El cliente Indiscreto" en los que no figura ni se cita a SANTANO AUTOMOCION.

El correo 18 de diciembre de 2009 (folios 1245 a 1252) contiene instrucciones de la filial del proveedor para los concesionarios andaluces, no los extremeños, como SANTANO, al que no se le cita.

La resolución recurrida, en la pág 74 dice que *"en la reunión convocada en febrero de 2013 por ACEVAS, en la que el Director General de ACEVAS, como también hizo respecto a los concesionarios de la Zona Cataluña, animó a los concesionarios de la Zona Andalucía de extender los acuerdos que se estaban ejecutando en la Zona Madrid y Cataluña a la Zona Andalucía".* No se refiere a SANTANO.

El examen de los folios 4217-4275 no contempla ninguna referencia a SANTANO MOTOR, en particular, en el Do cumento denominado "ESTRATEGIA COMERCIAL PARA 2010" en la CARPETA VW-AUDI ANDALUCIA, recabado en la inspección de ANT (folios 4227 a 4230). Tampoco se refiere a SANTANO el correo electrónico de ANT a BAHIAMOVIL de 5 de enero de 2010, recabado en la inspección de ANT en la CARPETA VW-AUDI ANDALUCÍA (folio 4249).

El correo electrónico de 2 de febrero de 2010, de ANT a MALAGA WAGEN y SAFAMOTOR, con asunto "RV: Evaluaciones Andalucía", aportado por el solicitante de clemencia en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 1214 y 1215) tampoco alude a SANTANO

Es cierto que SANTANO AUTOMOCION aparece como destinataria de un correo electrónico de convocatoria para una reunión el 21 de febrero de 2013 con otros miembros de la red de Andalucía que figura a los folios (1226 a 1235). La actora reconoce que lo recibió por la razón que fuera, pero no asistió. Se trata de una convocatoria de una reunión efectuada por AVISA WOLKSWAGEN a siete u ocho concesionarios entre los que incluye a SANTANO.

En los siguientes correos que se citan en la resolución, referentes a la Zona de Andalucía, SANTANO AUTOMOCION ni siquiera figura como destinatario de los mismos.

Tampoco aparece en el correo de 18 de marzo de 2013 (folios 1206 a 1207 nota 101) ni en los correos recogidos en los folios 1238 a 1244 nota 102). Este último es entre SAFAMOTOR y MÁLAGA WAGEN y comentan que Talleres Ponciano no se ha sometido al acuerdo.

A juicio de la Sala, no aparecen elementos incriminatorios que revelen la participación de SANTANO AUTOMOCION en el cartel de Andalucía, por lo que procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a SANTANO AUTOMOCIÓN.

SÉPTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a las partes demandadas, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora Dª. ISABEL CAMPILLO GARCÍA, actuando en nombre y representación de **SANTANO AUTOMOCIÓN** contra la resolución de 28 de mayo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 101.958 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , resolución que declaramos contraria a derecho y anulamos en cuanto a la declaración de responsabilidad e imposición de sanción a SANTANO AUTOMOCION se refiere.

Con expresa imposición de cos tas a las partes demandadas.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

Mi discrepancia respecto de la sentencia recaída en este procedimiento se refiere al tratamiento dado por la mayoría a la cuestión relativa a la caducidad del procedimiento.

Resulta conveniente recordar que el procedimiento fue incoado el 29 de agosto de 2013 y que el plazo ordinario de terminación, establecido por el artículo 36.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), es de 18 meses. Por lo tanto, la fecha final hábil para la notificación de la resolución sancionadora, quedó fijada en el 28 de febrero de 2015.

También es pertinente recordar que fueron dos las suspensiones acordadas por la CNMC en este procedimiento con la consiguiente ampliación del plazo para resolver:

1. La primera fue acordada el 5 de febrero de 2015, por causa de la complejidad del expediente y con una duración de tres meses.

2. La segunda fue acordada el 16 de abril de 2015 y tuvo efecto desde el día 20, antes pues del vencimiento de la primera suspensión. Se justificó en la necesidad de recabar de las empresas que podían ser sancionadas, la cifra correspondiente a su volumen total de negocio correspondiente a 2014.

Esta segunda suspensión se levantó el 5 de mayo siguiente, fijándose en el mismo acuerdo como fecha límite para la notificación de la resolución sancionadora el 12 de junio de 2015.

Dado que, en mi opinión, no son válidas ninguna de las suspensiones acordadas por la CNMC, debería declararse la caducidad del procedimiento al haberse dictado la resolución final el 28 de mayo de 2015, es decir, una vez transcurridos los 18 meses establecidos al efecto por el artículo 36.1 de la LDC .

Expongo a continuación los argumentos que sustentas mi tesis que son esencialmente coincidentes con los invocados por las empresas sancionadas que invocaron este motivo de recurso.

PRIMERO : En relación con el primer motivo de caducidad planteado: Ampliación del plazo de resolución por la especial complejidad del expediente.

1. La STS de 13 de noviembre de 2013, recurso de casación 4037/2010 aborda un supuesto que guarda cierta similitud con el presente caso y proporciona algunos elementos que deben tomarse en consideración. Se trataba de la revisión de una sanción impuesta por la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la alegación de caducidad fue rechazada, a la vista de la complejidad expediente sancionador.

2. Dicha sentencia, señaló en su FJ sexto final que "el tribunal de instancia no vulnera los preceptos legales ni la jurisprudencia que en este primer motivo casacional se citan cuando admite la concurrencia de circunstancias excepcionales, derivadas del propio expediente sancionador, que habilitaban a la Administración para acordar la ampliación del plazo máximo de resolución por un período adicional de seis meses".

3. La aplicación mimética de dicha doctrina podría avalar la tesis de la mayoría, pero concurren en mi opinión circunstancias singulares que me inclinan a pensar que, efectivamente, existió la caducidad denunciada.

4. En primer lugar, en el supuesto enjuiciado por la STS de 13 de noviembre de 2013 , el plazo conferido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) para instruir y resolver el expediente era de 12 meses y en el presente caso, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), gozaba para la misma actividad de un plazo de 18 meses (artículo 36.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, LDC).

5. La ampliación fue concedida en aquel caso para resolver un expediente que la sentencia de instancia con un criterio aceptado implícitamente por el TS, calificó de "naturaleza indudablemente complicada o compleja, que ni siquiera una ampliación de medios materiales y personales hubiese sido suficiente para el efectivo cumplimiento del plazo originario de un año cuando la adecuada tramitación exigió adjuntar documentación de diferente sesgo". Esta afirmación pone de manifiesto pues, un grado de complejidad absolutamente extremo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

6. El plazo inicial de 18 meses del que disponía la CNMC es superior en un 50% al concedido también inicialmente para resolver el procedimiento que dio lugar a la sentencia de 13 de noviembre de 2013 (12 meses) y coincidente con el que validó el Tribunal Supremo (18 meses), dato que no puede obviarse.

En aquel supuesto se resolvió un recurso de la complejidad señalada anteriormente, en un total de 17 meses, es decir, inferior a los 18 meses que la LDC atribuye ahora a la CNMC para resolver los expedientes.

Esta circunstancia debe tomarse en consideración para valorar la motivación de la CNMC cuando pretende ampliar el plazo de caducidad concedido.

7. El artículo 37.4 de la LDC , establece que la ampliación del plazo máximo de resolución puede acordarse de forma *excepcional,* mediante *motivación clara* de las circunstancias concurrentes.

8. La motivación del acuerdo de ampliación es pues, el dato esencial que debe analizarse para validar la suspensión misma. Por lo tanto, tal alegación deberá valorarse en el contexto correspondiente, atendiendo a la razonabilidad, coherencia y, sobre todo, claridad, de los argumentos empleados. Lo contrario supondría admitir como suficiente una invocación formal y estandarizada sobre la complejidad del asunto.

9. La lectura del Acuerdo de ampliación de fecha 5 de febrero de 2015, en principio cumple con las exigencias de una motivación individualizada, pues se indica en el mismo que el expediente involucra a 230 empresas, consta con más de 6000 documentos que comprenden 49.000 folios que culmina con una propuesta de resolución que consta de 360 páginas, datos que evidencian, sin duda, la complejidad del expediente.

10. El problema radica en el hecho de que un expediente sea complejo, y nadie discute que el que motivas estas actuaciones lo es, no es razón en sí misma para que imperativamente deba acordarse la ampliación del plazo de tramitación, pues un asunto de complejidad extraordinaria también puede resolverse en menos de 18 meses, como evidencia la STS de 13 de noviembre de 2013 antes citada.

Por ello deberá estarse al examen de las circunstancias concurrentes que deben exponerse en la motivación del acuerdo de suspensión y del comportamiento de la Administración en cada caso.

11. En el presente supuesto ocurre un hecho insólito: 69 de las empresas finalmente sancionadas, solicitaron una ampliación en 7 días, del plazo inicial de 15, concedido para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos. Basaron su petición precisamente en la complejidad del expediente y el gran número de documentos que debían examinar, petición que la CNMC denegó en aras a la celeridad en la tramitación del procedimiento.

12. El hecho de que no todas las empresas afectadas por el expediente hubieran solicitado la ampliación del plazo, no es un obstáculo para sostener la tesis de la caducidad de expediente por este motivo, ya que, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el expediente es único, lo que significa que dicha circunstancia se comunica a todas las empresas reclamantes.

13. Sorprendentemente el Consejo de la CNMC, cuando tuvo que resolver el expediente, afirmó exactamente lo contrario y acordó, con los mismos argumentos empleados por las sedicentes empresas, un período de ampliación de tres meses, justamente por razón de la complejidad del expediente y la documentación que debía ser examinada.

14. El dato, en mi opinión, determinante se centra en el hecho de que, en el acuerdo de ampliación, la CNMC no justificó su cambio de criterio.

15. La motivación del acuerdo de ampliación debe ser clara, según dispone el artículo 37.4 de la LDC y no puede merecer este calificativo la conducta desplegada por la CNMC, que resulta ser intrínsecamente contradictora y contraria a la doctrina de los actos propios y por consiguiente al artículo 3.1 de la Ley 30/1992 .

16. Para poder ser aceptable la motivación contenida en el acuerdo de ampliación, la CNMC debió explicar en el mismo, el elemento diferencial que justificaba acordar la suspensión en se momento y no anteriormente, lo que no se hizo.

17. Hay que recordar que la CNMC dispuso desde el primer momento de toda la información precisa sobre el número de empresas afectadas y el volumen de documentación generado. Además, si hubiera acordado la suspensión que le fue solicitada por las empresas, dicho período no hubiera podido contabilizarse en su contra para justificar la caducidad, pues la suspensión se habría concedido a instancia de las partes y se extiende hasta la recepción de las alegaciones.

18. La sentencia de la que discrepo señala en su FJ sexto que la denegación de ampliación del plazo a cada una de las empresas que lo solicitó, se fundó en las circunstancias individuales de cada una, aludiendo en

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

cada caso al número de veces que cada empresa tuvo acceso al expediente, llevándose copia de la totalidad de la información pública obrante en el expediente.

Tras señalar que la ampliación del plazo se denegó por razones de celeridad de la tramitación, la sentencia llegó a la conclusión de que la actuación de la CNMC no está viciada por desconocer los actos propios, ya que la CNMC actuó de manera diferente ante situaciones diferentes

19. No puedo compartir dicho argumento, que no deja de ser la integración por la Sala de una motivación sobre este punto inexistente en el acuerdo de suspensión del plazo, ya que la CNMC no trató de forma diferente situaciones diferentes y ello por las siguientes razones:

a) La complejidad del expediente era la misma, tanto para cada empresa individualmente considerada, como para la CNMC, pues ambas deben examinar de forma sistemática la documentación obrante en el expediente.

b) La carga adicional que puede pesar sobre la CNMC al tener que gestionar la información confidencial queda compensada con la infraestructura de funcionarios y medios materiales de la que dispone y que no está al alcance de las empresas sancionadas.

c) Para poder ejercer correctamente su derecho de defensa, las empresas deben examinar de forma sistemática todas las actuaciones públicas, estén o no mencionadas en ellas, ya que la infracción cometida ha sido calificada como única y continua.

d) En el examen sistemático de la documentación está la clave de su defensa, ante la posibilidad de poder solicitar, en base a su examen y de forma razonada con apoyo en dicha documentación, el acceso a documentación confidencial a la que inicialmente no se le dio acceso.

e) Además, la responsabilidad de las empresas ante una eventual reclamación por daños que, es solidaria con el resto de las empresas sancionadas, puede quedar fuertemente condicionada por la redacción de la resolución sancionadora. Ello les obliga a ser extremadamente vigilantes sobre todos los aspectos de la redacción de la resolución sancionadora.

d) La sentencia no considera relevante el dato de varias empresas recibieron el mismo día de la notificación del pliego de concreción de hechos un volumen de documentación nueva y adicional superior a los 4000 folios y que solo desde la notificación del pliego de concreción de hechos se formulan cargos de manera sistemática, lo que les obligó a reexaminar la documentación anterior. Ver en este sentido, y a título de ejemplo, y entre otros, el folio 24796 Jarnauto,

e) Tampoco toma la sentencia en consideración que hay un grupo de empresas que por primera vez acceden a toda la documentación. En este sentido y título de ejemplo, ver el folio 24902 Talleres Ponciano, o 24652 Aldauto. En el folio 24565, la empresa Motorsol denuncia que no pudo acceder al contenido de la solicitud de clemencia, en la que se basó el pliego de cargos, hasta la fecha en que el mismo le fue notificado, situación en la que se encuentra otro grupo de empresas (folio 24495 Sarsa, como ejemplo).

20. En definitiva, un asunto, aunque sea extremadamente complejo, puede resolverse en un plazo inferior a 18 meses, como evidencia la STS de 13 de noviembre de 2013 , por lo que la justificación de la incidencia de la complejidad para acordar la suspensión deberá ser muy precisa. Ningún precepto legal impone de forma automática la suspensión del plazo por razón de la complejidad del expediente.

21. El artículo 37.2 de la LDC es elocuente al respecto, pues únicamente admite la suspensión automática del plazo ordinario de resolución en 4 supuestos y ninguno de ellos se refiere a la complejidad del expediente.

22. La motivación esgrimida por la CNMC en el acuerdo de ampliación del plazo no puede calificarse de clara o coherente, pues no explica por qué razón para las empresas no existía un grado de complejidad suficiente que justificara la ampliación del plazo y, sin embargo, para ella sí.

23. En estas circunstancias, puede concluirse que, ante la imposibilidad de resolver en plazo, lo que trae causa de una instrucción excesivamente larga de 16 meses que sobrepasó los 12 que le confiere el artículo 28 del RD 261/2008, la CNMC acordó, esencialmente por este hecho, la ampliación del plazo.

24. Dicha forma de proceder no tiene amparo legal, por lo que procede, en mi opinión, no tener por válida dicha suspensión del plazo para resolver analizada.

SEGUNDO: En relación con el segundo motivo de caducidad planteado. Ampliación del plazo de resolución para solicitar la cifra del volumen total de negocio de las empresas afectadas durante el ejercicio de 2014.

1. Es conveniente recordar como antecedente que, una vez acordada la suspensión del plazo de resolución a la que acabamos de hacer referencia y dentro de su vigencia, la CNMC adoptó una segunda suspensión, que se produjo por acuerdo de 16 de abril de 2015, que tuvo efecto desde su notificación el 20 de abril y que

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

se levantó el 5 de mayo de 2015, lo que determinó que el plazo máximo de duración del procedimiento se prolongara hasta el 12 de junio de 2019.

2. La ampliación en este caso se justificó por el carácter necesario para la resolución del expediente de contar con la cifra correspondiente al volumen total de negocio de las empresas que podían ser sancionadas en relación con el ejercicio de 2014.

También requirió a "aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, las cifras relativas al volumen de negocios en España correspondientes al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca Audi, Volkswagen y Seat, según sea el caso, y de los años correspondientes al periodo infractor, incluyendo en dicha información los datos relativos a los tres canales de venta, esto es, particulares, flotas de empresas y empresas de renting".

3. No me cabe duda de que la incorporación de dichos documentos al expediente es necesaria, pues el artículo 63 de la LDC establece que la multa se impondrá sobre la base de dichas magnitudes, por lo que esa no es la cuestión objeto de debate.

4. La mayoría sostiene, en esencia, que, tratándose de la petición de una documentación necesaria para resolver el expediente, está justificada la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 37.1 a) de la LDC que no distingue a los efectos de la suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria.

5. Recuerda la sentencia que el solapamiento de las fechas, dado que el expediente llega a la Sala de Competencia el 30 de diciembre de 2014 y necesariamente debería dictarse la resolución en 2015, le obliga a solicitar la información en cuestión, de la que ya disponía, pero referida al ejercicio de 2013.

6. Destaca también la sentencia que el propio artículo 37 de la LDC contempla tres supuestos de suspensión que califica de esta manera: ordinaria (párrafo 1), basada en circunstancias especiales (párrafo segundo) y por motivos excepcionales (párrafo cuarto) y que el supuesto enjuiciado se encuadraría en la primera.

7. Mi divergencia esencial con la mayoría se centra pues, en la interpretación y aplicación a las circunstancias del caso, del artículo 37.1 a) de la LDC , que establece que: "El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender mediante resolución motivada en los siguientes casos: a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios".

8. Contrariamente a lo que se indica en la sentencia, estimo que la LDC distingue perfectamente entre la tramitación ordinaria del procedimiento sancionador para lo que otorga un plazo total de 18 meses según el artículo 36.1 de la LDC y la tramitación extraordinaria para la que establece la posibilidad de ampliación del plazo de resolución, derogando de esta forma la regla general de resolución en 18 meses.

9. Todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, entre las que se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno.

10. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo justificarse la razón.

11. En ese sentido, es constante y uniforme la jurisprudencia que destaca el carácter preclusivo de los plazos de tramitación y que conciben el instrumento de la caducidad del procedimiento como una garantía irrenunciable del administrado.

12. La STS de 18 de enero de 2016 recurso de casación nº 2953/2013 que reitera doctrina anterior, es expresiva al respecto señalando en su FJ 3 que "tratándose de procedimientos sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, la caducidad se produce cuando la Administración sobrepasa el plazo máximo para resolver legalmente establecido para cada procedimiento (artículo 44.2 de la Ley 30/1992), que en el caso del procedimiento sancionador en el ámbito del derecho de la competencia es de un año (artículo 56 de la Ley 16/1989 antes citado).

13. La mención al plazo de un año hecha en la sentencia de 18 de enero de 2016 , debe entenderse hecha en la actualidad al vigente artículo 36.1 de la LDC que fija el plazo en 18 meses.

14. Por otra parte, los supuestos contemplados en el artículo 37 LDC tienen el rasgo común de constituir una derogación a la regla general que impone el respeto del plazo ordinario de 18 meses, teniendo cada una de las tres situaciones que contempla una naturaleza diferente.

15. Únicamente el artículo 37.2 LDC impone la suspensión automática y obligatoria de los plazos de tramitación por ministerio de la ley, limitándola a 4 supuestos, ninguno de los cuales es la petición de la información que nos ocupa.

En los otros dos supuestos la suspensión está en función de las circunstancias de cada caso, por lo que es eventual y está sujeta a un control de motivación, que en esencia debe verificar si la ampliación del plazo que supone la suspensión está o no justificada, sin que la CNMC pueda disponer de la misma a su libre arbitrio.

16. En mi opinión, no constituye una motivación adecuada el afirmar que era necesario contar con la referida información referida al año 2014, pues siendo eso cierto, también lo es que dicha información pudo y debió solicitarse dentro del período ordinario, pues justamente para ello está establecido, como veremos a continuación

17. Si se concluyera, como hace la sentencia de la que discrepo, que la CNMC tiene libertad para suspender el procedimiento para solicitar dicha información, no tendría ningún sentido fijar un plazo límite para la tramitación de 18 meses, que una jurisprudencia unánime como una garantía esencial del ciudadano.

18. De este modo, la CNMC podría esperar siempre al último día del plazo de 18 meses para solicitar dicha información y de esa manera obtener una prórroga automática, sin mayor justificación. Es evidente que no es eso lo que ha establecido el legislador.

19. En el presente caso, la CNMC solicitó por primera vez la información relativa a las cifras de negocio el 6 de agosto de 2014 y en relación a 2013, tras la notificación del pliego de concreción de hechos y para que fuera aportada durante la fase de alegaciones al mismo y se hizo sin acordar suspensión alguna del plazo, lo que es absolutamente correcto.

20. Sorprendentemente, a partir del día 11 de diciembre de 2014 solicita información sectorial sobre el volumen de negocios relativa a 2013, cuando es evidente que el expediente no podrá resolverse en 2014 y que, por lo tanto, imponiéndose una sanción en 2015, es necesario aportar la cifra de negocios global y sectorial de 2014.

21. El 29 de diciembre de 2014 adopta la propuesta de resolución sin solicitar tampoco dicha cifra a las empresas, siendo del todo punto necesario contar con ella de acuerdo con las razones expuestas.

22. Acordada la ampliación del plazo por razón de la complejidad del expediente el 5 de febrero de 2015, sigue la Sala sin solicitar la cifra de negocios correspondiente a 2014.

23. El 16 de abril de 2019, la Sala vuelve a suspender el plazo, esta vez sí para solicitar la cifra de negocios con la consiguiente prolongación del plazo de resolución hasta el 12 de junio.

24.Si aceptamos, como es pacífico, que la CNMC debía contar con la cifra total de negocios relativa a 2014 de las empresas que iba a sancionar, no existe explicación alguna que justifique la ampliación acordada, pues dicha cifra pudo y debió solicitarse desde el mismo momento en que se tuvo la convicción de que el expediente iba a resolverse en el año 2015.

25. La CNMC pudo hacerlo, sin suspensión de plazo alguno, desde el mes de diciembre de 2014, cuando solicita información respecto de 2013 concluye la instrucción y, sin embargo, retrasó la petición de los datos de forma injustificada hasta el 16 de abril de 2015, garantizándose de esta forma un plazo suplementario para la resolución.

26. Es el propio comportamiento de la CNMC el que pone de manifiesto su contradicción, pues el 6 de agosto de 2014, al notificar el pliego de cargos, con toda corrección, solicitó, sin suspensión de plazo alguno, las cifras de negocio de 2013.

27. Debe precisarse que, como la propia CNMC indicó en la resolución de suspensión de 5 de febrero de 2015, que dadas las fechas en las que se desarrollan los hechos, la cifra exacta sobre el volumen de negocios podía ser sustituida por su mejor estimación posible, lo que podía haberse acordado también el 29 de diciembre de 2014, al dictar la propuesta de resolución.

28. En mi opinión, no cabe duda de que la CNMC puede elegir el momento en que solicita la cifra de negocios de las empresas, pero siempre que lo haga de forma que con ello no altere el plazo ordinario de resolución legalmente establecido en 18 meses. Ello es así porque se trata de un trámite ordinario y perfectamente previsible.

29. En definitiva, el artículo 37.1 a) LDC no confiere a la CNMC el derecho a solicitar, incluso hasta el último día del plazo ordinario, la cifra de negocios del año anterior para conseguir con ello una prórroga automática del plazo de resolución, siendo esta la diferencia esencial con la sentencia de que la que discrepo.

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Fdo

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no**tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 10/04/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ