



Roj: **SAN 1294/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1294**

Id Cendoj: **28079230062019100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **593/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000593 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05082/2015

Demandante: HERCOS PARAYAS, S.A.

Procurador: D^a ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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. 593/15 promovido por la Procuradora D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de **HERCOS PARAYAS, S.A.** contra la resolución de 28 de mayo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 473.361 euros de multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y SEAT, S.A., representada por el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro Barbero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que *"... se declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y decrete 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 y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 6 de febrero de 2019, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 26 de mayo de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13 *CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 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:

(...)

55.HERCOS PARAYAS, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VW de la Zona Norte desde febrero de 2011 hasta junio de 2013.

(...)

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

(...)

49.HERCOS PARAYAS, S.A: 473.361 euros

(...)

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

(...)

NOVENO.- Ordenar a la ASOCIACIÓN DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS) y a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE CONCESIONARIOS SEAT (ANCOSAT) que procedan a dar la máxima difusión a la presente Resolución entre sus concesionarios asociados, para su conocimiento".

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

1) El 24 de abril de 2013 la entidad SEAT, S.A., presentó ante la entonces Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa, a los efectos del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe a los efectos del artículo 66 de la misma Ley, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción derivada de determinadas prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución de vehículos de motor de concesionarios propios e independientes, y consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales para la venta de vehículos de las marcas VOLKSWAGEN (VW), AUDI y SEAT, aportando pruebas documentales. Dicha documentación fue completada posteriormente en fechas 27 y 30 de mayo, 3 y 14 de junio, y 16, 18 y 26 de julio de 2013.

2) Atendido el valor probatorio que cabía atribuir a la documentación referida, la Dirección de Investigación (DI) acordó con fecha 30 de abril de 2013 iniciar diligencias previas relacionadas con unas posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC . Asimismo, y mediante acuerdo de 4 de junio siguiente, resolvió 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. Y ello al entender que se cumplían los requisitos previstos en el artículo 65.1 de la LDC

3) Durante los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 la Dirección de Competencia (DC) llevó a cabo inspecciones en las sedes de ANT SERVICIALIDAD, 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.

4) El 26 de julio de 2013 realizó requerimientos de información a distintas empresas quienes, entre el 31 de julio y el 23 de agosto siguiente, aportaron la mayoría de los escritos que respondían a dicho requerimiento.

5) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DC que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0471/13 *CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN* contra las empresas que relacionaba, entre ellas AUTOWAG, S.L., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia 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.

6) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 29 de abril, el 31 de julio y el 10 de septiembre de 2014 a otras entidades, el 3 de octubre siguiente la DC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 23 de diciembre de 2014, el día 29 de diciembre siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC , emitió propuesta de resolución.

8) Presentadas alegaciones, el 29 de enero de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC .

9) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.4 de la LDC , con fecha 5 de febrero de 2015 la Sala de Competencia de la CNMC acordó la ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses, fijando como nueva fecha de caducidad del expediente el 28 de mayo de 2015.

10) El 16 de abril de 2015 la Sala de Competencia dirigió a las empresas incoadas requerimiento de información acerca del volumen de negocios total en 2014; y con fecha 5 de mayo siguiente, dispuso el levantamiento de la suspensión con efectos de 5 de mayo de 2015, determinándose la nueva fecha de caducidad en el 12 de junio de 2015.

11) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 28 de mayo de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a HERCOS PARAYAS, S.A., como una empresa cuyo objeto social es la compraventa de vehículos nuevos y de segunda mano, la venta de productos asociados y accesorios así como la reparación de vehículos tanto de mecánica como de chapa y pintura, siendo concesionario oficial 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. Quiere ello decir que 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.

Como destaca la resolución, 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 detracer 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, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de 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 un contrato de concesión por el fabricante de dichas marcas, como de concesionarios propiedad del fabricante de dichas marcas.

Precisa que no es posible delimitar las conductas a unos modelos de vehículo concretos dentro de las marcas indicadas pues habría quedado acreditado que los modelos excluidos en los acuerdos en un período varían y son incluidos en otro período distinto.

Particular relevancia tienen las consideraciones relativas al mercado geográfico que comprendería, según la resolución sancionadora, 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. Zona geográfica que puede distinguirse de otras próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia prevalecientes en ella son sensiblemente distintas a aquéllas.

Razona 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.

El proveedor, dice, 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; de lo que concluye que 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.

Analiza la incidencia que sobre esa distribución geográfica tiene la participación en el cártel de las asociaciones ACEVAS y ANCOSAT, lo que le permite, finalmente, considerar la existencia de lo que denomina "Zonas", las cuales, en número de siete, delimitarían otros tantos cárteles: Madrid, Cataluña, Andalucía, Norte, Asturias, Valencia (respecto de Audi-VW), y Madrid (respecto de SEAT).

Relaciona las provincias que comprende cada una de estas zonas geográficas y, teniendo en cuenta las conductas colusorias analizadas en el expediente, circunscribe el mercado geográfico respecto a las prácticas realizadas en relación con las marcas AUDI y VW a las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias,

Cantabria, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia. Y ello tanto por la propia delimitación geográfica realizada por los concesionarios participantes en dichas zonas, como por los efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios de las conductas realizadas.

En cuanto a la marca SEAT, limita dicho mercado por idénticas razones -delimitación que llevan a cabo los mismos concesionarios participantes, y efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios- a las Comunidades Autónomas de Castilla La Mancha y Madrid.

Por último, analiza la estructura del mercado que caracteriza, por el lado de la oferta, y después de exponer las peculiaridades relacionadas con el precio de adquisición del vehículo por el concesionario a la marca y la determinación del precio de venta al público, como un mercado maduro relativamente transparente, con un número de concesionarios muy elevado y, por lo tanto, muy atomizado, estable en su cuota y en su número y sin entradas de nuevos competidores en el mismo durante todo el desarrollo de las prácticas investigadas. Y desde el punto de vista de la demanda, se refiere a los tres canales principales (flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor), con indicación del volumen porcentual que cada uno de ellos supone en el total de ventas y su evolución en el año 2014.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían la facilitada por SEAT, S.A., en su solicitud de exención de pago de la multa, y la obtenida por la Dirección de Competencia tanto en las inspecciones realizadas los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT, de las asociaciones ACEVAS, ANCOSAT y FACONAUTO, y de los concesionarios CARHAUS, M. CONDE y SAFAMOTOR, como la reflejada en las contestaciones de las empresas incoadas a los requerimientos de información que se les formularon a lo largo del expediente administrativo.

Tales pruebas pondrían de manifiesto que los concesionarios participantes pactaron precios y condiciones de venta de vehículos de las marcas SEAT, AUDI Y VOLKSWAGEN en hasta siete zonas diferenciadas territorialmente.

Además, destaca la resolución una serie de hechos acreditados comunes a los diferentes cárteles como la participación, tanto en los acuerdos entre concesionarios de la marca SEAT como en los de las marcas AUDI y VW, de 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).

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, cuya actividad principal 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 concierne y a disposición únicamente del concesionario evaluado, así como en prestar otros servicios a los concesionarios (bajo la denominación "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas) con el objeto, explícitamente reflejado por ANT en sus presentaciones, de "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos" a fin de conseguir incrementar el margen comercial por vehículo vendido, valiéndose para ello del seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos 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 con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida, y que llegaba en algunas ocasiones al establecimiento de un sistema de sanciones mediante el cual el concesionario que incumpliera las condiciones pactadas estaba obligado a pagar una multa, cuyas tarifas se hacían depender de si se trataba de la primera infracción o sucesivas.

Señala en este sentido que *"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. Así consta en los correos electrónicos enviados por ANT a los concesionarios al referirse a que la "oleada de este mes sale gratis", como el remitido el 29 de agosto de 2012 a VW MADRID. Estas sanciones vienen acreditadas por los "extractos de cuentas" de ANT, recogiendo las incidencias, los concesionarios infractores, número de infracciones, importe de la sanción, número de factura, fecha en la que se cobró la factura, saldo a favor de los concesionarios y mes de visitas gratis³¹. Las facturas de ANT acreditan el sistema de multas, constando facturas de multas de AUDI/*

VW desde 2010 hasta mayo de 2013, correspondientes a visitas realizadas hasta abril de 2013 -ha de tenerse en cuenta que las inspecciones se realizaron a principios de junio de 2013- y también abonos o devoluciones de multas por ANT33, así como algunas facturas que aparecen con importes reducidos, aludiendo a la "parte proporcional estudios especiales VW o AUDI".

Tras valorar las pruebas aportadas en relación a la participación de los concesionarios en los diferentes cárteles territoriales, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una infracción del 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.

Constata la existencia de un cártel por cada una de las zonas geográficas que diferencia y que estaría integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de las marcas AUDI, VW, SEAT. Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante periodos diversos en función de las zonas geográficas afectadas que comprenderían, según los supuestos, al menos desde el año 2006 hasta el desarrollo de las inspecciones por la DC los días 4 a 6 de junio de 2013. Y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con "... ocultación y secretismo, valiéndose de específicos mecanismos de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos e incluso en algunos supuestos de instrumentos de sanción para los incumplimientos".

Y, después de estas consideraciones generales, el relato de hechos se centra en cada una de las zonas geográficas diferenciadas que identifica la resolución.

En cuanto ahora interesa, y puesto que la entidad actora en este proceso, HERCOS PARAYAS, S.A., operaba en la denominada zona norte, que comprendería 18 concesionarios ubicados en las Comunidades Autónomas del País Vasco, Navarra, La Rioja, Cantabria y en la provincia de Soria, es reseñable la importancia que la resolución atribuye a la colaboración de ANT en la implementación del cártel, colaboración que se extendería desde al menos, febrero de 2011 a junio de 2013, identificando la actividad de dicho cártel con la adopción de acuerdos para fijar los precios y condiciones comerciales mediante la determinación de los niveles máximos de descuentos aplicables al precio de venta al público recomendado establecido por la marca (se excluían ciertos modelos y vehículos usados), los valores máximos de tasación de vehículos usados y otras condiciones de venta, tales como términos de garantía extendida (2 años como regla general), y otras condiciones comerciales, de forma que cualquier oferta o venta se produciría, afirma la resolución, en igualdad de condiciones, independientemente del concesionario origen de la misma.

La prueba de tales acuerdos estaría constituida por el documento obtenido en la inspección de ANT, obrante a los folios 4138 a 4148 y 18305 a 18315 del expediente administrativo, en el que se especifica el acuerdo alcanzado en esta zona y en el que se prevé un sistema de control del cumplimiento de los acuerdos a través de las actuaciones del denominado cliente misterioso, cuyos servicios serían prestados también en esta zona por ANT, y mediante la auditoría de expedientes de venta, actuaciones ambas a las que se atribuye presunción de veracidad entre los miembros del cártel en cuanto a los incumplimientos que hubieran detectado. Asimismo, refleja el referido documento las ventas de los vehículos sujetos al acuerdo y las condiciones comerciales que debían cumplir los concesionarios participantes, que serían supervisadas por ANT SERVICIALIDAD.

Además, son varios los correos y conversaciones de whatsapp que cita la CNMC para incriminar a las empresas intervinientes en el cártel de esta zona norte, incriminación que se sustenta también en las facturas emitidas por ANT a los distintos concesionarios. Así, se refiere al correo electrónico de 23 de febrero de 2011 de SAGAMÓVIL a ANT, recabado en la inspección en ANT, folio 18316; correo electrónico de SAGAMÓVIL a ANT, con asunto "Situación Zona Norte", de 1 de julio de 2011, recabado en formato papel en la inspección realizada en la sede de ANT, folios 4092 y 4093; informes de ANT de noviembre y diciembre de 2012, folios 1341 y 1342, y marzo y abril de 2013, folios 1343, 1352, 1354 y 1355, recabados en la inspección de ANT; facturas de ANT a las mercantiles, recabadas en la inspección de ANT, y cuya concreta ubicación en el expediente se detalla en el párrafo 389 de la propuesta de resolución; correo electrónico de 22 de mayo de 2013 de ALZAGA a LEIOA WAGEN, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa, folio 8872; correo electrónico de 7 de marzo de 2013 de ALZAGA MOTOR a LEIOA WAGEN, folio 1361, y conversaciones de WhatsApp de 10 a 29 de abril de 2013 entre LEIOA WAGEN, ALZAGA MOTYOR, CIARSA, SAGAMOVIL, ALLUITZ, AUTOWAG, HERCOS PARAYAS, RIOJA MOTOR, T.M. GUERMICA, GARAJE YAS, PARTE AUTOMOVILES y VASA, folios 1363 a 1371, aportados por el solicitante de exención; conversación de WhatsApp de 15 a 18 de abril de 2013, aportada

por el solicitante de exención, folio 1367; conversación de WhatsApp de 15 de abril de 2013 entre ALZAGA MOTOR, LEIOA WAGEN, SAGAMOVIL, AUTOWAG, HERCOS PARAYAS, RIOJA MOTOR, PARTE AUTOMOVILES y CIARSA, aportada por el solicitante de exención, folio 1366; y conversación de WhatsApp de 22 de abril de 2013, aportada por el solicitante de exención, folios 1369 y 1370.

TERCERO .- El primero de los motivos en los que la actora funda su impugnación se refiere a la vulneración del principio de presunción de inocencia en materia de derecho administrativo sancionador, vulneración que advierte tanto en lo relativo a la imputación de acuerdos colusorios, como por lo que respecta al intercambio de información.

Argumenta, en síntesis, que la prueba documental que obra en el expediente es insuficiente para deducir de ella la existencia de los pactos colusorios que se le imputan, en especial teniendo en cuenta las *"... circunstancias relacionadas con el sistema de distribución que nos ocupa"*, aludiendo así a las peculiaridades de la distribución de vehículos automóviles que constituye su actividad.

Invoca de manera expresa el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y diversos pronunciamientos judiciales que avalarían su interpretación, y denuncia la falta de análisis por la CNMC de *"... los contratos y el proceso de formación de precios en las redes oficiales de las marcas del Grupo SEAT"* así como del mercado de la automoción y de la *"... repercusión real que pudiera haber tenido la existencia de tales estudios de mercado en el contexto en que se desarrollan los hechos"*.

Niega que se haya producido el intercambio de información que advierte la resolución sancionadora, incide en la falta de prueba suficiente sobre este extremo, y razona que, aun suponiendo acreditado el intercambio de información, ello no bastaría pues la CNMC *"... estaba en la obligación de acreditar una supresión o al menos debilitamiento de la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado"*, siendo así que el mercado no ha sido analizado con una mínima exactitud, como tampoco lo ha sido el proceso de distribución, que califica de complejo, de distribución de los vehículos VOLKSWAGEN y AUDI.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de HERCOS PARAYAS que aparece reflejada en el pasaje de la resolución sancionadora que se dedica al cártel de la zona norte, y que hemos transcrito parcialmente en el fundamento anterior.

Pues bien, la lectura de este apartado pone de manifiesto la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de la empresa ANT SERVICIALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución al comienzo del relato de hechos probados, donde describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos finalmente sancionados.

En realidad, la finalidad perseguida con la contratación de ANT era la monitorización o seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, y, como manifestaba esta empresa 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. Ello a través del servicio prestado a los concesionarios que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas, consistentes en el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos que incumplían los acuerdos, informando de los incumplimientos a los integrantes del cártel de cada zona y facilitando el seguimiento de los acuerdos.

Y, desde luego, para llegar a esas conclusiones es particularmente ilustrativo el contenido del fichero electrónico denominado "Presentación política comercial" de fecha 13 de septiembre de 2012, recabado en la inspección de ANT, folios 19280 a 19290, en el que se describe lo que denomina *"SITUACIÓN ACTUAL"*, que caracteriza por *"ESCASA RENTABILIDAD POR OPERACIÓN GUERRA DE PRECIOS POCAS VENTAS"*, para, a continuación, referirse al *"PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN"*, en estos términos:

" EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO".

Se refiere el estudio propuesto a la metodología a seguir, con visitas a los concesionarios de los evaluadores o "clientes indiscretos" para ponderar a continuación los beneficios adicionales del estudio y las mejoras que había de comportar, insistiendo especialmente en la confidencialidad al señalar, literalmente, que *"ESTE TIPO DE TRABAJO SE LLEVA CON EL MAYOR NIVEL DE CONFIDENCIALIDAD. EN NUESTRA DOCUMENTACIÓN HABLAREMOS SIEMPRE DE "ESTUDIOS DE MERCADO" Y DE OFERTAS OBTENIDAS E INCIDENCIAS DETECTADAS"*.

Es también revelador de la naturaleza de los servicios prestados por ANT el fichero electrónico denominado "ESTUDIOS DE POLITICAS COMERCIALES 2012", fechado en 9 de febrero de 2012 y que fue igualmente recabado en la inspección de la misma ANT, obrante a los folios 19272 a 19275, en el que con toda claridad se manifiesta el verdadero propósito:

"(...) Una vez acabado el estudio mensual, presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza."

"A tener en cuenta:

(...)

2.- Presupuestos.- Adjuntaremos al trabajo de cada concesionario los presupuestos conseguidos y si no se consiguen, adjuntaremos cualquier otro tipo de documentación escrita conseguida aunque sean presupuestos en papeles en blanco o incluso en las tarjetas de visita.

En ocasiones el comercial se niega a reflejar por escrito una oferta, en estos casos se especificará en el informe lo ocurrido y reflejaremos la oferta final, aunque no se pueda demostrar por escrito.

3.- Confidencialidad.- Dada la "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas.

Ninguno de nuestros evaluadores sabrá realmente el propósito final del estudio, ellos simplemente van a realizar un estudio de mercado y a tratar de conseguir un modelo de coche determinado a un determinado precio, mediante un procedimiento que dominan perfectamente (...)"

Como relata la resolución y consta acreditado documentalmente -a modo de ejemplo puede citarse la "Tabla resumen e incidencias VW Marzo 2013" enviada por "El cliente indiscreto" al representante de TOLEAUTO, folio 19022, o el "Informe y presupuestos VW abril 2013", remitida a la SERVISIMO, folio 19015- ANT enviaba con periodicidad mensual a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, al que adjuntaba el estudio titulado "tabla de resultados", con el resumen del resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Y relata la CNMC que "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".

Alusiones tan explícitas a la "peligrosidad de este tipo de trabajo" y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - "hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas"- evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT y la participación, necesariamente consciente, en los acuerdos colusorios de quienes pagaban sus servicios, atribuyendo así al abono de las facturas una energía probatoria indudable.

Especialmente si se advierte, además, que los argumentos desplegados por las empresas incoadas para tratar de atribuir un efecto distinto a dichas facturas tienen muy dudosa eficacia.

En efecto, no hay explicación alternativa plausible que pudiera justificar que las facturas abonadas respondieran a conceptos distintos si se tiene en cuenta la documentación obtenida en la inspección de la sede de ANT sobre presentación de su política comercial a la que nos hemos referido antes, resultando desde luego indiciario que los supuestos "estudios de mercado" que se facturan hubieran sido emitidos con periodicidad mensual para cada una de las empresas, y que estas no hayan aportado, sin embargo, y en ningún caso, tales estudios para poder comprobar su verdadero contenido.

Por lo tanto, la constancia en el expediente de facturas emitidas por ANT-cliente indiscreto pagadas por la empresa de que se trate constituye un indicio relevante para acreditar su responsabilidad en el cártel.

Esto es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos, pues obran en el expediente facturas giradas por "El cliente indiscreto" a HERCOS PARAYAS de marzo a octubre de 2011, folios 20778 a 20796, lo que documenta la imputación temporal que hace la CNMC.

También obra a los folios 4138 a 4148, y 18305 a 18315, recabados en la inspección de ANT, el documento en el que se especifica el acuerdo adoptado en la zona norte, con indicación de los concesionarios participantes

y que, de manera expresa, se refiere a HERCOS PARAYAS -folio 4147- en cuanto a las visitas a realizar por el "El cliente misterioso".

Por otra parte, y conforme a lo que venimos *razonando*, es ineficaz el argumento de que las referidas facturas "... *no son en absoluto suficientes para destruir la presunción de inocencia que debe presidir necesariamente la acción sancionadora de la Administración*", cuando los razonamientos adicionales en que pretende sustentarse su exculpación - singularidad de la zona de afectación de la fábrica de VW de Pamplona, quejas formuladas en relación a la llamada Campaña Conjunta dispuesta para Caja Laboral- en nada desvirtúan la finalidad evidente de la contratación de ANT y la causa verdadera de las facturas pagadas a ANT.

Por lo demás, la prueba de la existencia del cártel en la zona resulta con toda claridad del folio 4092, en el que se alude explícitamente al pacto y a la mecánica del cliente indiscreto.

Entre las pruebas que acreditan la participación en los acuerdos colusorios de la empresa recurrente ha de incluirse el correo electrónico de SAGAMOVIL a ANT de fecha 1 de julio de 2011, recabado en la inspección realizada en la sede de ANT, y que obra a los folios 4092 y 4093, cuyo contenido es de una eficacia inculpatória irrefutable:

"De: Sonia - Sagamovil < DIRECCION000

Fecha: 1 de julio de 2011 23:58:45 GMT+02:00 P00

Para: < DIRECCION001 , "" Remigio "" < DIRECCION002 >

Asunto: Situación Zona Norte

Buenas tardes,

El viernes 24, en la reunión que mantuvimos en Bilbao todos los concesionarios de la zona, establecimos una serie de cambios y requisitos que os paso a detallar:

Queremos que en Garaje Yas pase solamente un cliente indiscreto al mes de cada marca.

Creo que ya se os comunicó que Juan Antonio en principio se sale del pacto, con lo cual no habrá que mandarle clientes indiscretos...

Además de estos cambios, necesitamos que el cliente fantasma cumpla a rajatabla una premisa:

Siempre tiene que decir que es de una provincia de la zona, pero no de la correspondiente al concesionario que visita.

No puede decir que viene de Madrid, Valencia,... no tiene sentido. Ni tampoco que es de Pamplona, si viene a la concesión de Pamplona. Es decir, tiene que ser de una provincia que no sea la de la concesión, pero solo puede elegir entre Soria, La Rioja, Cantabria, Guipúzcoa, Alava, Bizkaia y Navarra (en VW) y entre Soria, La Rioja, Cantabria, Guipúzcoa, Álava y Bizkaia (en Audi)...."

Es cierto, y así lo destaca la entidad recurrente para limitar su posible imputación al período comprendido entre marzo y octubre de 2011, a que se refieren las facturas de ANT, que, en este correo, folio 4092, se dice literalmente lo siguiente: "*Hercos Parayas se sale del pacto, con lo cual no hay que mandarle clientes indiscretos ni de Audi ni de VW ni de LCV. (a partir del 1 de julio)*".

Sin embargo, dos circunstancias nos obligan a confirmar el período de infracción que le atribuye la CNMC.

En primer lugar, la indicación, reflejada en el mismo correo de 1 de julio de 2011, en la que, junto a la observación de que HERCOS sale del pacto, se pone de manifiesto lo siguiente: "*4/7 Hablado con Silvia y me confirma que sí se sigue haciendo evaluaciones*".

Pero, sobre todo, no puede desconocerse el contenido de las conversaciones de whatsapp que figuran a los folios 1362 a 1371 del expediente, aportadas por el solicitante de clemencia. En dichas conversaciones interviene la misma representante de HERCOS PARAYAS ("*10 de Abr, 13:41 - lw.j.ribas: Silvia se ha unido*"; "*10 de Abr, 20:47 - Silvia : Efrain .vcf (archivo adjuntado)*"; "*10 de Abr, 13:45 - lw.j.ribas: Silvia se ha unido*"; "*16 de Abr, 8:25 - Silvia : Ok*"; "*19 de Abr, 12:22 - Silvia : Marcos .vcf (archivo adjuntado)*" "*19 de Abr, 12:22 - Silvia : Ese no vale*" "*19 de Abr, 12:24 - Silvia : Marcos .vcf (archivo adjuntado)*" "*19 de Abr, 12:24 - Silvia : Este sí vale ! I*"; "*10 de Abr, 13:30 - lw.j.ribas: Silvia se ha unido*"; "*22 de Abr, 20:32 - Silvia : Yo estoy de viaje , es para jefes de ventas ???*"; "*23 de Abr, 14:28 - Silvia : A mí sí desde luego*") , manifestando su conformidad con diferentes cuestiones planteadas y con el contenido de los acuerdos alcanzados. En concreto, se indica lo siguiente:

"*15 de Abr, 19:12 - Nicanor : PLAN DE MARKETING 2013*

Condiciones Generales

Todos los descuentos tendrán un límite del 6% ó dto. mínimo para campaña.

Todos los modelos SALVO RENTING, tendrán configurada obligatoriamente la garantía EA5, lo consideramos en lo sucesivo como paquete cerrado. (En el caso de que el cliente solicite una garantía superior deberá abonar la diferencia).

Matriculación 600 Euros inexcusablemente (no matricula =300 Euros).

Tasación VO, valoración máxima eurotax de compra.

Seguimiento

Visita mensual del MS.

DC reunión mensual ineludible con fecha fijada (propuesta: primer miércoles de cada mes), con toda la documentación para acreditar las bajas del mes anterior.

Revisión de las nuevas condiciones que vayan surgiendo según campañas, objetivos, etc...

Excepciones

Deberán ser notificadas entre los DC vía whatsapp, se establecerá un plazo máximo de 24h, para posibles vetos.

Fecha de efecto: 1 Mayo del 2013

Bilbao, 15/04/2013".

Interesa además recordar que la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06, en sus apartados 52 a 56, sistematiza la doctrina aplicable sobre el valor probatorio y el alcance que ha de darse a la documentación proporcionada por el clemente, y lo hace en estos términos:

"1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58). 2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 58). 3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 59). 4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 293). 5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y

Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de HERCOS PARAYAS en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo en la denominada zona norte, por otro, por la intervención de la sancionada en el mecanismo de actuación de "El cliente indiscreto", y, además, por los correos y conversaciones de whatsapp a que nos hemos referido, aportadas por el solicitante de clemencia, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de HERCOS PARAYAS en la infracción que se le imputa, tanto en lo relativo a la conclusión de acuerdos colusorios, como en lo que respecta al intercambio de información, y todo ello por el período que le atribuye la CNMC en la resolución recurrida.

Y es que, como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.*

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

CUARTO .- Denuncia además la entidad recurrente que se ha vulnerado el principio de tipicidad por *"inexistencia de hechos que puedan ser calificados como infracciones del art. 1 de la LDC"*.

Invoca en este sentido lo dispuesto en el artículo 129.1 de la LRJPAC y sostiene que los documentos que obran en el expediente *"... dan lugar a una descripción o relato de hechos que no coincide con el que se desprende de la resolución recurrida, y que además en su conjunto no puede considerarse el presupuesto fáctico de las infracciones y prohibiciones contempladas en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia"*, razonando que *"Ni puede hablarse de la existencia de un cártel (para que haya un cártel al menos tendrían que estar concesionarios de distintas marcas; pues los de una sola, si hacen acuerdos de precios, enviarían a los consumidores a comprar a la competencia) ni intercambio de información comercialmente sensible entre los miembros de una red oficial sujetos a unas condiciones comerciales y a una rigurosa disciplina predeterminada por la parte concedente, no incluida en las investigaciones"*.

Respecto de la falta de coincidencia entre los hechos que, a juicio de la recurrente, han sido en realidad acreditados con los documentos que integran el expediente administrativo, y los que considera probados la CNMC, baste lo ya dicho en el fundamento anterior, pues lo que cuestiona con ello HERCOS PARAYAS es en rigor la prueba de la infracción en los términos en que ha dado lugar a la sanción impuesta. Prueba que, como hemos visto, ha de entenderse suficiente.

Por lo que se refiere a la inexistencia del cártel al resultar imprescindible, también a su juicio, el concierto entre concesionarios de diferentes marcas, no podemos compartir esta conclusión.

En efecto, la definición del mercado que hace la CNMC obedece a un criterio objetivo, y se identifica con la distribución de vehículos de motor de las marcas AUDI, SEAT y VW a través, tanto de concesionarios independientes, como de concesionarios propiedad del fabricante.

El que propone HERCOS PARAYAS en su demanda, un mercado único que abarcaría todos los concesionarios de las distintas marcas, responde a un criterio distinto pero que no implica la invalidez del utilizado por la Comisión.

Desde luego, la razón que ofrece la recurrente para cuestionar la validez del mercado afectado que utiliza la resolución no puede de ninguna manera justificar su pretensión última, esto es, que se anule la sanción que se le ha impuesto, cuando consta acreditado, como hemos visto, su participación en los acuerdos de determinación de precios y condiciones comerciales e intercambio de información sensible.

Dicha razón se refiere a que los acuerdos entre concesionarios de las mismas marcas tendrían el efecto de producir un desplazamiento de la demanda hacia modelos de marcas de la competencia, además de no haberse acreditado los efectos ciertos en el mercado.

Sobre esta cuestión ha de decirse, en primer lugar, que es doctrina reiterada del TJUE la de que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos, y así cuando afirma que "... de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia..." (Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/ Comisión), cuya aplicación al caso es indudable a juicio de esta Sala.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. (EDL 1978/3879) Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1 (EDL 1978/3879), la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

Pero es que consideramos también que aunque las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable, las pruebas obrantes en el expediente administrativo acreditan, como destaca la propia resolución sancionadora, la producción de efectos anticompetitivos que se concretan en la homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de SEAT, AUDI y VW en las zonas que configuran cada uno de los cárteles, habiendo conseguido disminuir la incertidumbre de las empresas intervinientes en relación a las ofertas que podían presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos de cada marca. Consecuencia a la que sin duda habría contribuido la conducta, también imputada y acreditada en los términos que hemos analizado, consistente en el intercambio de información comercial sensible.

Por lo demás, la invocación que hace la entidad demandante al carácter vertical de los acuerdos, o a la nula capacidad del concesionario para pactar con sus competidores precios o condiciones comerciales por venir impuestos por las marcas, como elementos determinantes de su falta de responsabilidad, no puede ser acogida.

Como hemos visto al referirnos a la configuración del precio en el mercado de distribución minorista de automóviles nuevos que refleja la CNMC en su resolución, es indudable que el concesionario tiene un margen de actuación en cuanto a los descuentos a ofertar, y es precisamente en la disminución de la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a las ofertas que podían formular sus competidoras respecto de determinados modelos de vehículos de la marca donde se ha manifestado la conducta infractora al detectarse una homogeneidad de los descuentos en cada una de las siete zonas identificadas en la resolución.

Basta comprobar las estipulaciones de los contratos de concesión -como ejemplo, el contrato de concesión de la Red de concesionarios de VW aportados por ALDAUTO MOTOR, folios 30961 y siguientes, cuyo artículo 13 establece que el proveedor venderá los productos al concesionario a los precios vigentes en la fecha de factura y emitirá "... recomendaciones no vinculantes sobre los precios finales de venta" -, para constatar que el proveedor -la marca- no condiciona con carácter absoluto la actuación comercial de los concesionarios, ni elimina su independencia y su margen de actuación.

QUINTO .- Aduce también la entidad actora que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho y ello, en primer término, por la *"Falta de empleo de las circunstancias a tener en cuenta para el establecimiento de las sanciones según el artículo 64.1 de la LDC"*.

Y, en segundo lugar, porque los criterios para graduar la sanción que acoge la resolución recurrida parten de un mercado que, a su juicio, no es real, pues se configura por "... la mera suma de las facturaciones de unas empresas arbitrariamente escogidas", además de que la *"atribución temporal es gravemente errónea"* y que la determinación del tipo porcentual aplicado para determinar finalmente la cuantía de la multa "... denota una ausencia total de motivación".

El sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros casos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores, y tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que "... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados".

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% "... marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica", por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como "respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría". En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso.

En esa labor, pone de manifiesto que existen factores que permiten considerar la conducta como *"especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC"*: afecta directamente a la formación de los precios por parte de las empresas implicadas, al margen de incorporar también el intercambio

de otra información sensible; y se ha desplegado de forma institucionalizada a través de la colaboración de ANT, HORWATH (en la zona de Madrid para el cártel de las marcas AUDI y WV) y las asociaciones ACEVAS y ANCOSAT, que han realizado un seguimiento y control continuos del grado de cumplimiento de los acuerdos en todas las zonas (menos en Zonas Asturias y Valencia), lo cual constituiría, a su juicio, un elemento reprochable adicional.

Incide en el "alcance de la infracción" como elemento determinante según el artículo 64.1 de la LDC, y se refiere concretamente a la extensión geográfica de las conductas, destacando que *"En las zonas geográficas relevantes en las que se han agrupado las infracciones (Madrid, Cataluña, Andalucía, Norte, Asturias, Valencia) los concesionarios de la red oficial AUDI-VW que participaron en las prácticas investigadas representan el 100% del mercado de la distribución de vehículos a motor turismo e industriales de dichas marcas en las mencionadas zonas geográficas"*.

Cita el factor duración de la conducta, también mencionado en el artículo 64.1.d), como parámetro de la individualización de las sanciones al no ser igual en el caso de todas las empresas incoadas, pero asimismo como factor que *"guíe también la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas, pues la duración general de la conducta revela asimismo en cierta medida su alcance (art. 64.1.c) y efectos (art. 64.1.e)"*.

Y es a partir de ello como, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable en 2014, la valoración de la *densidad antijurídica* de la conducta, teniendo presente, dice, *"... que el reproche sancionador en este expediente debe ser efectivamente disuasorio"*.

Al propio tiempo, es consciente de que el principio de proporcionalidad *"... exige que la sanción no se sitúe en el tramo superior de la escala, especialmente en el caso de las empresas con infracciones de menor duración"*, y de que los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer en la fase de determinación de las sanciones ha de atender a la conducta de cada empresa.

La resolución individualiza las multas, *"... a falta de circunstancias atenuantes y agravantes (art. 64.2 y 64.3)"*, tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, lo que relaciona con el volumen del mercado también afectado por la infracción y con la duración de la conducta de cada empresa, entendiendo que este periodo es el transcurrido desde el inicio, en función de cada una de las zonas, hasta junio de 2013, coincidiendo con las inspecciones de los días 4, 5 y 6 de junio, salvo determinados casos en los que la conducta habría terminado antes.

Refleja en los cuadros correspondientes el valor total del mercado afectado durante la conducta que se imputa a cada una de las empresas implicadas en las distintas zonas geográficas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de sus ventas durante los meses por los que se ha prolongado aquella conducta, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales, con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido (en el caso de HERCOS PARAYAS, S.A., un 8,7%).

Tiene en cuenta la resolución el beneficio ilícito obtenido conforme a la previsión del artículo 64.1.f) de la LDC a fin de evitar que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Y lo refleja en una tabla que, también por zonas geográficas, obtiene aplicando un 5% sobre el valor del mercado afectado por la conducta de cada una de las empresas (1.591.900 euros en el caso de HERCOS PARAYAS, S.A.). Si bien advierte que las cifras recogidas en la tabla con estimaciones mínimas del beneficio ilícito y del daño potenciales derivados de la infracción de cada empresa no son utilizadas para la fijación de las sanciones, sino como referencia para asegurar que las multas se mantienen dentro de un límite que asegure su proporcionalidad.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas, distribuidas por cárteles geográficos que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2014, el tipo sancionador, y la multa (473.361 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

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

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de

la Ley de Defensa de la Competencia consistente en 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.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración del cártel y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 1,85%.

Sobre este porcentaje, advierte de la necesidad de comprobar si la proporcionalidad de la sanción impone alguna corrección en razón al beneficio ilícito que la entidad podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos prudentes que referencia a datos obtenidos de las propias empresas o de bases de datos públicos referidos al mercado relevante, como los ratios sectoriales de las sociedades no financiadas del Banco de España; comprobación que le permite concluir que las multas impuestas están lejos de los límites de proporcionalidad estimados para cada una, por lo que en ningún caso es necesario reducir la sanción por motivos de proporcionalidad.

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

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

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

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

SEXTO .- Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de **HERCOS PARAYAS, S.A.** contra la resolución de 28 de mayo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 473.361 euros de multa, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte actora.

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 sustentan 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.
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 motiva 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 contradictoria 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 su 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 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 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.

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