



Roj: **SAN 1389/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1389**

Id Cendoj: **28079230062019100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **547/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000547 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04786/2015

Demandante: M. CONDE, S.A.

Procurador: DÑA. SHARON RODRÍGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT, S.A. Y HORWATH AUDITORES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

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. 547/2015 promovido por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez, en nombre y representación de "**M. CONDE, S.A.**", contra la resolución de 28 de mayo de 2015, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador NUM000 , CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 356.676 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han intervenido la entidad SEAT, S.A. representada por el Procurador D. Antonio Barreiro- Meiro Barbero, así como la entidad HORWATH AUDITORES representada por la Procuradora Dña. Mónica Calero.

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 dicte sentencia por la que:

"... se acuerde estimar el presente recurso contencioso administrativo y en consecuencia (i) anule en su integridad la Resolución de la CNC de 28 de mayo de 2015, Concesionarios AUDI/SEAT/VW, Exp. S/0471/13 por los motivos expuestos y (ii) de manera subsidiaria, anulé parcialmente la referida Resolución del Consejo de la CNMC, reduciendo sustancialmente el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Material VI de esta demanda".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

Las entidades personadas como entidades codemandadas no han presentado los respectivos escritos de contestación a la demanda.

TERCERO .- Posteriormente se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 16 de enero de 2019, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso la mercantil "M. CONDE, S.A." impugna la resolución de fecha 28 de mayo de 2015 dictada por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW cuya parte dispositiva acuerda:

"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:

(...)

61. M. CONDE, S.A. por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VW de la Zona Madrid desde febrero de 2008 hasta junio de 2013.

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

(...)

56. M. CONDE, S.A.: 356.676 euros.

(...)

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

Concretamente, la resolución sancionadora impugnada considera que *"la infracción está constituida por la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mecanismo de distribución de vehículos de motor turismo 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".*

Y, según la valoración realizada por la CNMC, esas conductas implican la existencia de un cártel para cada una de las siete zonas geográficas que se han diferenciado por cuanto concurren los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC . Conductas que se han calificado como siete infracciones únicas y continuas previstas 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 Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia contrarias al derecho de la competencia de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia .



La CNMC señala: "Esta Sala coincide con la DC en la consideración de que ha quedado acreditada la existencia de la concordancia de voluntades constitutiva de acuerdo ilícito que se imputa a las incoadas, esto es, siete carteles diferenciados por zonas geográficas, de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de servicios y un intercambio de información comercialmente sensible, como mecanismo utilizado por tales carteles para comprobar el cumplimiento de los acuerdos adoptados, así como la participación en el mismo de las empresas y las asociaciones imputadas en el presente expediente. No cabe sino concluir que el intercambio de información sensible y una fijación de descuentos máximos entre concesionarios competidores miembros de una misma red de distribución selectiva de vehículos de una determinada marca, cuando el descuento es aplicado en relación al mismo precio de venta recomendado por la marca, constituye un acuerdo de fijación de precios, a través del cual se pretende presentar o garantizar ciertos márgenes comerciales y debilitar la debida tensión competitiva".

Y la CNMC añade que "se evidencia del entramado organizativo diseñado por las incoadas la concurrencia de las características propias de los carteles: así, la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad de los contactos y encuentros, el empleo de terceras empresa para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos".

En el caso de la entidad aquí recurrente, M. CONDE, S.A., la resolución impugnada concreta que:

" El objeto social de M. CONDE, ubicada en Madrid, es la comercialización, distribución y reparación de vehículos y la comercialización de piezas de recambio y accesorios, siendo concesionario de las marcas AUDI, VW y SEAT...".

Y la CNMC la ha incorporado en la zona geográfica agrupada en la denominada Zona Madrid que comprende concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y las provincias de Toledo, Guadalajara y Ávila de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Castilla-León quienes con la colaboración de ACEVAS y de ANT acordaron la fijación de precios y otras condiciones comerciales, así como el intercambio de información comercialmente sensible, desde marzo de 2006 hasta, al menos, junio de 2013, fecha de realización de las inspecciones.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente "M. CONDE S.A." se solicita la nulidad de la sanción impuesta y, subsidiariamente, que se reduzca su importe y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. La recurrente considera que las órdenes de investigación relativas a las inspecciones realizadas en las sedes de ANT y de M.CONDE están redactadas de manera idéntica y utilizan una redacción amplia y vaga que incumple las exigencias del artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia . Y ello vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas sancionadas reconocido en el artículo 18.2 de la CE lo cual impide, según dice la recurrente, tener como pruebas de cargo validas contra la recurrente la documentación obtenida en la inspección domiciliaria.

Por otra parte, destaca que existe una manifiesta discrepancia entre los términos de la orden de inspección domiciliaria otorgada por la CNMC para inspeccionar la sede de ANT y los recogidos en el posterior auto de mandamiento judicial en cuanto que no existe correlación entre los funcionarios autorizados para proceder a la inspección. En la orden de inspección de la CNMC se indica el nombre de seis funcionarios de la CNMC encargados de realizar la inspección, entre los cuales se encuentra D. Eleuterio que, sin embargo, no se recogió en el auto de mandamiento judicial en el que solo se menciona a cinco de los funcionarios citados en la orden de inspección. Y, sin embargo, fue precisamente D. Eleuterio quien participó en la inspección efectuada en la sede de ANT lo cual es motivo para invalidar la inspección realizada.

2. Afirma que se ha vulnerado su derecho de defensa durante la tramitación del procedimiento sancionador especialmente por cuanto no se admitió su solicitud de ampliación del plazo para formular alegaciones al PCH de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Destaca que la razón de dicha solicitud venía justificada por la complejidad de las alegaciones que debían formularse y sobre todo ante el ingente tamaño que tenía el expediente administrativo y la imposibilidad de acceder al contenido de la solicitud de clemencia hasta ese momento. Asimismo, señala que igualmente se rechazó de nuevo por la CNMC su solicitud de ampliación del plazo para formular, en este caso, alegaciones a la PR.

Y, sin embargo, destaca que la CNMC de forma incongruente con las anteriores decisiones si se concedió a sí misma una ampliación de tres meses en el plazo para dictar resolución que, según la recurrente, debe declararse nula y, además, debe implicar la caducidad del procedimiento sancionador.

3. El procedimiento sancionador ha caducado. En este sentido la recurrente sostiene que la resolución sancionadora se ha notificado una vez superado el plazo de los 18 meses establecido como límite para resolver en el artículo 38.1 de la LDC .



En apoyo de su pretensión entiende que es absolutamente irregular la decisión de la CNMC de ampliar el plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses justificando para ello la complejidad del expediente administrativo cuando, sin embargo, no había aceptado las solicitudes de ampliación de plazo para formular alegaciones realizadas por la recurrente. Y concluye que esa ampliación de plazo no puede tenerse en cuenta a los efectos de tener por ampliado el plazo de caducidad. Y ello, además, según la recurrente, implica la vulneración de actos propios por parte de la CNMC.

Por otra parte, la recurrente igualmente niega valor, a los efectos de poder admitir la ampliación del plazo de caducidad, a la decisión de la CNMC de solicitar a los distintos concesionarios información relativa a sus volúmenes totales de negocios por cuanto no revisten en modo alguno un carácter excepcional ni imprevisible que haga necesario suspender el plazo máximo de resolución para solicitar dicha información.

4. Falta de competencia de la CNMC para investigar y sancionar las conductas imputadas a M.CONDE atendiendo a la delimitación geográfica de los mercados afectados.

5. Niega la existencia de conductas anticompetitivas. En este sentido afirma que es equivocada la descripción que realiza la CNMC en la resolución sancionadora respecto de los mercados afectados y sobre la formación de precios según los contratos de distribución de las redes oficiales de las marcas VOLKSWAGEN y AUDI.

En relación con esta consideración la recurrente expone que:

(a) la CNMC ha considerado que los hechos se producen en un mercado que, en realidad, no puede considerarse que exista como tal, como es el mercado de la distribución de los vehículos de las marcas WOLKSWAGEN, AUDI y SEAT excluyendo las demás marcas que integran el amplio sector de la automoción.

(b) No se han analizado los contratos de distribución de los concesionarios y del proceso de formación de precio en la red oficial. Y de ello la recurrente concluye que no entiende que pueda acusarse a la recurrente de participar en un cártel de fijación de precios, o de intercambio de información, sin saber si realmente tiene y en qué grado, libertad práctica y contractual para fijarlo cuando es el proveedor de la marca quien determina las condiciones comerciales de toda la cadena hasta el cliente final. Y la recurrente refiere que forma parte de una red de distribución cuyo titular es el propio solicitante de clemencia al que, sin embargo, la resolución sancionadora ha considerado de forma indebida en una relación horizontal con la recurrente, como un competidor más.

(c) El precio de venta de los vehículos a motor por parte del concesionario está fijado estrictamente por la parte proveedora del vehículo por lo que no puede pactar ni con la concedente ni con el resto de miembros de la red de la misma marca. Insiste en la idea de que el concesionario, aunque formalmente compre para revender y, por lo tanto, asuma riesgos y responsabilidad de la venta, está actuando de forma equivalente a un agente de ventas que sigue instrucciones de su principal.

6. Niega la participación de M. CONDE, S.A. en los hechos que se le han imputado en la resolución sancionadora ahora impugnada. Sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no son prueba de cargo de entidad suficiente ni los correos electrónicos ni las facturas de los servicios contratados a la entidad ANT SERVICIALIDAD, S.L. Añade que, además, no existe ningún pacto de fijación de precios del que la recurrente haya formado parte, ni la información a la que ha tenido acceso puede considerarse información sensible desde la perspectiva del derecho de la competencia.

7. Impugna el método de establecimiento de la sanción económica por cuanto no se ha ajustado a los criterios recogidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015. Entre los criterios que debían tenerse en cuenta y que entiende no se han seguido son (1) la determinación del mercado afectado y del mercado relevante y (2) la determinación del cálculo orientado a la determinación del posible beneficio ilícito.

8. Se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de multa.

TERCERO.- Una vez centrado el objeto de debate analizaremos previamente la alegación de caducidad del expediente sancionador realizada por la recurrente pues su estimación haría innecesario el examen del resto de sus consideraciones. Y, en este caso, para dar una adecuada respuesta a la alegación de caducidad es conveniente destacar cuales han sido los tramites del expediente sancionador analizado. Y destacamos los siguientes:

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



- la venta de vehículos de las marcas VOLKSWAGEN (VW), AUDI y SEAT, aportando pruebas documentales, que fue completada posteriormente el 27 y el 30 de mayo, el 3 y el 14 de junio, el 16, 18 y 26 de julio de 2013.
2. A la vista de la solicitud y del valor probatorio de la documentación aportada, el 30 de abril de 2013, la Dirección de Investigación (DI) acordó iniciar diligencias previas relacionadas con unas posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, a fin de determinar, la incoación de un expediente sancionador.
3. El 4 de junio de 2013 la DI, acordó conceder la exención condicional del pago de la multa en relación con la solicitud de exención presentada por SEAT, S.A., en beneficio de la citada empresa, así como en nombre de todas sus filiales directas o indirectas y de las entidades que conforman el grupo al que SEAT pertenece, en relación con su participación en determinadas prácticas colusorias entre los concesionarios de las marcas VW, Audi y SEAT en el territorio español.
4. Con fechas 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI realizó inspecciones en las sedes de ANT 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.
5. El 26 de julio de 2013 la DI notificó un requerimiento de información relativo a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor a ANT, CROWE HORWATH SPAIN, ACEVAS, ANCOSAT, ASTUR WAGEN, S.A., AUDI RETAIL BARCELONA, AUDI 3 RETAIL MADRID, S.A., CATALUÑA WAGEN, S.A., LEIOA WAGEN, S.A., LEVANTE WAGEN, S.A., MÁLAGA WAGEN, S.A., SEVILLA WAGEN, S.A., SUPERWAGEN, S.A., VALLADOLID WAGEN, S.A., SEAT Motor España, S.A.U. (SME), A. BAIGORRI, S.A., A.V.I.S.A. (Automóviles y Vehículos industriales, S.A.), ALDAUTO MOTOR, S.A., ARDASA 2000, S.L., AUCO VALLES, S.L., AUTOMOCIÓN MARVI, S.A., AUTOMÓVILES BERMAR, S.A., BAHÍAMOVIL, S.L., CARLOS Y FERNANDO, S.A., CARHAUS, S.L., CENTRAL IMPORT, S.L., COMERCIAL PEBEX, S.A., ESPAWAGEN, S.A., F. TOMÉ, S.A., FERPER, S.L., GRUPO NOVOMOTOR, S.A., HERBAN MOTOR, S.A., IMSA (INNOVACIONES DEL MEDITERRÁNEO, S.A.), JARMAUTO, S.A., M. CONDE, S.A., MAVILSA, S.A., MERKAMOTOR TORTOSA, S.A., MOGAUTO, S.A., MOTOR DYE, S.A., MOTOR GÓMEZ VILLALBA, S.A., MOTOR MIRASIERRA, S.A., MOTOR VIC, S.A., MOTORSAN, S.L., MOTORSOL IMPORT, S.L., MOTORSOL, S.A., RÍO IMPORT, S.A., RIOMÓVIL AUTOMOCIÓN, S.L., RODEALER, S.A., SAFAMOTOR, S.A., SARSA VALLES, S.A., SEALCO MOTOR, S.A., SERVISIMÓ, S.L., SOLERA MOTOR, S.A., TIMSA, S.A., TOLEAUTO, S.A., UTREWAL, S.A. y VAT-SUR, S.A. Entre el 31 de julio y el 23 de agosto de 2013 tuvieron entrada la mayoría de los escritos de contestación a los requerimientos de información realizados.
6. El 29 de agosto de 2013, la DI, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 contra A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P y SEAT, S.A., la Asociación de Concesionarios Españoles de Volkswagen, Audi y Skoda (ACEVAS), la Asociación Nacional de Concesionarios SEAT (ANCOSAT) y los siguientes concesionarios distribuidores de vehículos VW, AUDI o SEAT: ASTUR WAGEN, S.A., AUDI RETAIL BARCELONA, AUDI RETAIL MADRID, S.A., CATALUÑA WAGEN, S.A., LEIOA WAGEN, S.A., LEVANTE WAGEN, S.A., MÁLAGA WAGEN, S.A., SEVILLA WAGEN, S.A., SUPERWAGEN, S.A., VALLADOLID WAGEN, S.A., SEAT Motor España, S.A.U. (SME), A. BAIGORRI, S.A., A.V.I.S.A. (Automóviles y Vehículos industriales, S.A.), ALDAUTO MOTOR, S.A., ARDASA 2000, S.L., AUCO VALLES, S.L., AUTOMOCIÓN MARVI, S.A., AUTOMÓVILES BERMAR, S.A., BAHÍAMOVIL, S.L., CARLOS Y FERNANDO, S.A., S.A., CARHAUS, S.L., CENTRAL IMPORT, S.L., COMERCIAL PEBEX, S.A., ESPAWAGEN, S.A., F. TOMÉ, S.A., FERPER, S.L., GRUPO NOVOMOTOR, S.A., HERBAN MOTOR, S.A., IMSA (INNOVACIONES DEL MEDITERRÁNEO, S.A.), JARMAUTO, S.A., M. CONDE, S.A., MAVILSA, S.A., MERKAMOTOR TORTOSA, S.A., MOGAUTO, S.A., MOTOR DYE, S.A., MOTOR GÓMEZ VILLALBA, S.A., MOTOR MIRASIERRA, S.A., MOTOR VIC, S.A., MOTORSAN, S.L., MOTORSOL IMPORT, S.L., MOTORSOL, S.A., RÍO IMPORT, S.A., RIOMÓVIL AUTOMOCIÓN, S.L., RODEALER, S.A., 4 SAFAMOTOR, S.A., SARSA VALLES, S.A., SEALCO MOTOR, S.A., SERVISIMÓ, S.L., SOLERA MOTOR, S.A., TIMSA, S.A., TOLEAUTO, S.A., UTREWAL, S.A. y VAT-SUR, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC consistentes, en general, en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de las marca AUDI, SEAT y VW.
7. El 11 de septiembre de 2013 se recibió en la CNC una denuncia anónima exponiendo la existencia de acuerdos de precios y otras condiciones entre concesionarios de la marca VW en la zona centro, con el conocimiento de la marca, aportando varios de esos acuerdos (protocolos de revisión fechados el 11 de mayo de 2010, el 11 de octubre de 2011 y el 9 de febrero y el 12 de abril de 2012) y presupuestos de diferentes concesionarios con importes coincidentes y un informe de ANT que permite comprobar dicho cumplimiento.



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

9. El 29 de abril de 2014, a la vista de la documentación obrante en el expediente, tras la información aportada por los concesionarios requeridos, la DC acordó, la ampliación de la incoación contra ALZAGA MOTOR, S.A., ATALAYA MOTOR, S.A., AUTO IRACHE, S.A., AUTOWAG, S.A., COMERCIAL INDUSTRIAL DE AUTOMOVILES Y RECAMBIOS, S.A. (CIARSA), GARAJE YAS, S.A., GILAUTO, S.A.U., HERCOS PARAYAS, S.A., IRUÑA MOVIL, S.A.U., MENAI, S.L., PARTE AUTOMOVILES, S.A., RIOJA MOTOR, S.A., SAGAMOVIL, S.A., DELGADO LIZCANO, S.L., TALLERES MECANICOS GUERNICA, S.A., TRESA AUTOMOCIÓN, S.A., VASCONGADAS DE AUTOMOVILES, S.L. y VOLKSWAGEN MADRID, S.A. (folios 17029 a 17111).

10. El 31 de julio de 2014 la DC acordó ampliar la incoación a 31 concesionarios más: ALDAUTO CAR, S.A., ALLUITZ MOTOR, S.L., ALZIRA IMPORT, S.L., ANCRI, S.A., AUTO REAL, S.A., AUTOS JUANJO, S.L., AUTOTRECA, S.A., AUTOWAG TOLOSA, S.A., CHUYVAL, S.L., CONDE MOTOR, S.A., EQUIPOS MECÁNICOS AUTOMOCIÓN, S.L., GANDIA MOTORS, S.A., GIL AUTOMOCIÓN DEL HENARES, S.L., GRAN CENTRO GETAFE, S.L., HERGO MOTOR, S.L., M.CONDE PREMIUM, S.L., MARZÁ, S.L., MOTOR ALCOBENDAS, S.L., NOBLEJAS MOTOR, S.A., NOVOMOTOR ROMACAR, S.A., NUCESA, S.A., POZUELO MOTOR, S.A.U., SAGREDO MOTOR, S.L., SEALCO, S.A., SORIA MOTOR, S.A., SURMOCIÓN, S.A., TALLERES XÁTIVA, S.A., TARTIERE AUTO, S.A., UDALAITZ, S.L., VALENCIANA DE SERVICIOS DE AUTOMÓVILES, S.A. y VOLCENTER VALENCIA, S.L.

11. El 10 de septiembre de 2014 la DC acordó, de conformidad con el artículo 29 del RDC, ampliar la incoación contra CENTROWAGEN, S.L., MOTOR GOMEZ PREMIUM, S.L., LINARES GARRIDO AUTOS, S.L. (RODITER), SANTANO AUTOMOCIÓN, S.A., TALLERES PONCIANO SERPAS, S.L., W. TECHNIK VALLES, S.L. y VOLKSWAGEN GROUP RETAIL SPAIN, S.L. (V.G.R.S.) (folios 23087 a 23210).

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

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

14. El día 23 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción (folio 36637), y el 29 de diciembre de 2014, emitió Propuesta de Resolución.

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

16. Con fecha 5 de febrero de 2015, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.4 de la LDC, la ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses, siendo la nueva fecha de caducidad del expediente el 28 de mayo de 2015.

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

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

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

CUARTO.- Esta Sección rechaza la existencia de caducidad en el procedimiento que ha finalizado con la resolución sancionadora dictada en fecha 28 de mayo de 2015, notificada a la recurrente en fecha 3 de junio de 2015. Dicha resolución se ha dictado respetando el plazo de caducidad que finalizaba el día 12 de junio de 2015 ya que al plazo inicial de los 18 meses, a contar desde la fecha de incoación del expediente sancionador, debía añadirse, por una parte, el periodo de ampliación por tres meses acordado por la CNMC y, por otra parte, el periodo de tiempo en el que quedó suspendido tras requerir la CNMC a las empresas infractoras la



aportación de la documentación relativa a los volúmenes totales de negocios correspondientes al año 2014. Sin embargo, según la recurrente, ninguno de esos supuestos puede justificar legalmente la ampliación del plazo de caducidad que entiende finalizaba el 28 de febrero de 2015.

Como hemos indicado, a juicio de la actora, la ampliación del plazo en tres meses acordada el 5 de febrero de 2015 es irregular porque no se justifica adecuadamente, no responde a un supuesto excepcional que así lo acredite y se debe a la defectuosa tramitación del expediente. Y, además, la recurrente considera que la decisión de ampliar por tres meses el plazo para dictar la resolución vulnera la doctrina de los actos propios ya que, por el contrario, había denegado a las empresas afectadas la solicitud de ampliación del plazo para presentar alegaciones aduciendo la CNMC razones de celeridad en la tramitación del procedimiento sancionador y, sin embargo, si se concedió a sí misma una ampliación del plazo para resolver con fundamento en la complejidad del procedimiento.

E, incluso, la recurrente, destaca una segunda estratagema de la CNMC para eludir el plazo de caducidad. En relación con esta afirmación destaca la recurrente que el 16 de abril de 2015, una vez transcurrido el plazo máximo inicial de resolución, la CNMC acordó suspender el plazo de duración del procedimiento para requerir a las empresas infractoras la entrega de la documentación relativa al volumen de negocios total obtenido en el año 2014; y según la recurrente, como es este un trámite necesario y habitual para cuantificar el importe de la multa, debió cumplirse dentro del plazo de los 18 meses. Y la defensa de la parte actora concluye que el artículo 37.1.a) de la LDC no ampara esta suspensión que se acordó sin justificación alguna para ofrecer cobertura a un trámite ordinario y una vez que el procedimiento se había ampliado de forma irregular en tres meses adicionales.

A juicio de la mayoría de la Sala, no concurre la caducidad del procedimiento sancionador como así hemos referido en el recurso contencioso administrativo nº 566/2015.

En primer lugar, no advertimos desidia o tramitación deficiente en la instrucción del procedimiento.

Si analizamos la tramitación del expediente sancionador vemos como el 24 de abril de 2013 se presenta la solicitud de exención, el 30 de abril se acuerda iniciar diligencias previas y el 4 de junio, una vez analizada la solicitud y la veracidad de la documentación aportada, se acuerda la exención condicional de SEAT, realizando ya los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 inspecciones en las sedes de distintas entidades y concesionarios.

A partir de ahí, se producen requerimientos de información el 26 de julio a diversos concesionarios y el 29 de agosto de 2013, se incoa el procedimiento sancionador respecto de 59 empresas.

Tras una denuncia anónima el 11 de septiembre de 2013 y nuevos requerimientos de información, el 29 de abril de 2014 se amplía la incoación del procedimiento sancionador para otros 18 concesionarios.

Una vez recibida la contestación a los nuevos requerimientos de información a estos concesionarios el 31 de julio de 2014, se amplía la incoación del procedimiento sancionador respecto de otros 31 concesionarios.

El 10 de septiembre de 2014, se amplía la incoación contra otros 7 concesionarios. En ese momento, el procedimiento se dirige ya contra el doble de entidades inicialmente contempladas en el acuerdo de incoación.

No advierte la Sala, ni la actora destaca que haya existido un retraso excesivo entre trámites o para llevar a cabo alguna diligencia de instrucción.

Tampoco tuvo incidencia alguna, la puesta en funcionamiento, el 7 de octubre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/12013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC).

El problema surge, a juicio de la mayoría de la Sección, una vez que se formula la Propuesta de resolución el 29 de diciembre de 2014 y se reciben a continuación durante enero de 2015, los escritos de alegaciones de los distintos implicados con numerosas solicitudes de prueba, de declaración de confidencialidad, etc. remitiéndose el procedimiento a la Sala de Competencia que, ante la dificultad de dar respuesta en plazo a tal cúmulo de peticiones, acuerda el 5 de febrero de 2015 ampliar el plazo de caducidad inicial en tres meses.

El acuerdo citado justifica la ampliación en los siguientes términos:

"El plazo de duración máxima del procedimiento sancionador que aquí se tramita de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.1 de la LDC es de 18 meses por lo que el presente expediente, incoado el 9 de agosto de 2013, a salvo de suspensiones del plazo máximo para resolver que puedan acordarse al amparo de los apartados 1º y 2º del artículo 37 de la LDC, debe resolverse antes del 28 de febrero de 2014.



El presente expediente sancionador involucra a 230 empresas, entre incoadas (114) y terceros y consta de más de 6000 documentos que comprenden más de 49.000 folios, lo que pone de manifiesto la especial complejidad de la fase de instrucción y explica la extensión de la misma, que ha culminado con la elaboración de una propuesta de resolución de más de 360 páginas. Asimismo, como consecuencia de lo anterior, resulta insuficiente el período restante disponible para la fase de resolución, hasta la caducidad del procedimiento.

Efectivamente, el volumen del expediente tramitado, el número y condición de las posibles infracciones que la Dirección de Competencia considera acreditadas, el número de entidades incoadas (en fecha 29 de agosto de 2013, ampliándose dicha incoación posteriormente a más empresas el 29 de abril, el 31 de julio y el 10 de septiembre de 2014), la complejidad de la determinación individualizada de responsabilidades, y de las multas a imponer, en su caso, requieren de la Sala de Competencia un estudio y análisis minucioso cuya duración en el tiempo razonablemente sobrepasa la de otros expedientes sancionadores de menor complejidad y, en todo caso, excede del tiempo restante para la caducidad en el presente caso."

La ampliación del plazo para la CNMC con fundamento en las razones expuestas se encuentra plenamente justificada y no resulta contradictoria, a juicio de la mayoría de la Sala, con el hecho de que se denegara la ampliación del plazo solicitado por algunas empresas para formular alegaciones al PCH y a la PR.

Y ello porque cada una de las denegaciones de la solicitud de ampliación formulada por los implicados que la solicitaron se funda en las circunstancias específicas de cada solicitante con una motivación singular. Así, se alude en cada acuerdo denegatorio a las veces en que cada empresa ha tenido acceso al expediente llevándose en tal caso copia de la totalidad de la información pública obrante en el expediente, denegándose la ampliación del plazo por razones de celeridad de la tramitación del citado procedimiento. En el caso de la recurrente M. CONDE, S.A. consta que solicitó la ampliación del plazo para formular alegaciones al PCH y proponer, en su caso, pruebas (folios 24813 y 24814 del expediente administrativo) y que se denegó por la DC mediante resolución de 21 de octubre de 2014 (folio 24841 del expediente administrativo) en la que se justifica la denegación de la ampliación solicitada refiriendo que ha tenido acceso a toda la información necesaria para contestar el citado Pliego especificando, además, que:

"Que desde la fecha de notificación de la incoación, 30 de agosto de 2013, ha tenido opción de acceder al expediente de referencia, habiendo accedido a dicho expediente en cinco ocasiones antes de la notificación del citado Pliego (13 de noviembre y 3 de diciembre de 2013 y 13 de marzo, 11 de junio y 27 de agosto de 2014), llevándose cada vez copia de la totalidad de la información pública obrante en el expediente, incluyendo en el último acceso realizado con posterioridad a dicha notificación, de fecha 9 de octubre de 2014, la información contenida en la solicitud de clemencia presentada, confidencial hasta la notificación del citado Pliego".

Por esa razón, entendemos que la denegación de la ampliación del plazo para contestar al Pliego de Concreción de Hechos y proponer prueba en su caso por las empresas implicadas que lo solicitaron, por las razones apuntadas, no guarda relación ni por supuesto constituye un acto propio de la CNMC que le impidiera acordar el 5 de febrero de 2015, la ampliación del plazo pues como hemos expuesto, se trata de razones diferentes y perfectamente compatibles entre sí, al responder a circunstancias y momentos distintos. Y tampoco es admisible la alegación de la recurrente cuando señala que se le ha ocasionado indefensión, sin más argumentos, por la mera denegación por parte de la CNMC de la ampliación del plazo para presentar alegaciones al PCH y a la PR.

Por otra parte, la segunda suspensión, de 16 de abril de 2015 encuentra amparo en el art. 37.1.a) de la Ley 17/2015 que permite suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador *"cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios"*.

El precepto no distingue, a juicio de la mayoría de la Sala, a los efectos de suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria como sostiene la parte recurrente.

Es más, el art. 37.1 distingue supuestos de suspensión ordinaria, el apartado 2, una suspensión basada en circunstancias especiales y el apartado 4 un supuesto excepcional de ampliación del plazo máximo de resolución.

Lo cierto es que es necesario disponer del volumen de facturación para motivar la cuantía de la sanción y de ahí el requerimiento para la aportación de ese dato que justificó la suspensión del plazo al amparo del art. 37.1.a) de la Ley 15/2007 que ofrece plena cobertura a tal solicitud. No podemos desconocer que de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.1.c) de la LDC la determinación de la cuantía de la multa debe efectuarse atendiendo al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y en este caso como la resolución sancionadora iba a dictarse en el año 2015 solo podía fijarse correctamente el importe de la multa si se atendía al volumen de negocios total de cada una de



las empresas obtenido en el año 2014; dato este que era necesario e imprescindible para cuantificar la multa de ahí que entendamos correcta su petición a las empresas infractoras, así como la suspensión del plazo para resolver acordada por la CNMC para obtener esa información. No hubiera sido en ningún caso admisible que la CNMC pudiera fijar la cuantía de la multa en el año 2015 atendiendo al volumen de negocios total de las empresas obtenido en el año 2013 cuya documentación se había pedido con anterioridad.

Por lo tanto, a juicio de la mayoría de la Sala, carece de fundamento la alegación relativa a la caducidad del procedimiento sancionador pues la resolución que le puso fin se notificó dentro del plazo una vez ampliado éste de forma ajustada a derecho como hemos señalado.

QUINTO.- La mercantil recurrente justifica, por otra parte, la nulidad de la resolución sancionadora refiriendo la nulidad de las ordenes de investigación para realizar inspecciones domiciliarias, entre las que se encuentra, por cuanto carecen de motivación suficiente al contener generalidades que ocasionan indefensión y vulneran el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria del artículo 18 de la CE. Y esa nulidad debe implicar, según expone, la nulidad de todas las pruebas de cargo obtenidas por la Administración en las citadas inspecciones domiciliarias.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la vulneración del artículo 18 de la CE ha señalado que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado y preservar su derecho de defensa y pueda hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece. Y añade que si la nulidad de la orden de inspección domiciliaria obedece a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo sus efectos sobre la prueba son radicales e implica la prohibición de valorar las pruebas así obtenidas, mientras que la forma en que la entrada y registro se practique así como las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven en otra dimensión como es el plano de la legalidad ordinaria y no en el plano constitucional por cuanto ello no afecta a la inviolabilidad del domicilio.

Concretamente, la DI dictó en fecha 28 de mayo de 2013 la Orden de investigación dirigida a la inspección de la sede de la mercantil recurrente M.CONDE, S.A. Y la recurrente invoca la falta de motivación de la referida orden de investigación por cuanto no habría concretado ni el objeto ni la finalidad de la búsqueda y, además, se expresa en términos vagos y generales.

Esta Sección advierte que la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar. Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, la orden de investigación deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de



2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación ahora examinada constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor consistentes 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); el sujeto investigado (M.CONDE, S.A.); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección el día 4 de junio de 2013, y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor consistentes en la coordinación de conductas con otros operadores en materia de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información sensible), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de distribución de vehículos de motor sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas y dado su objeto social era fácil imaginar cual iba a ser el mercado al que afectaría la investigación al tener como objeto social la venta de vehículos de las marcas AUDI, VW y SEAT. Por tanto, la orden de investigación que afecta a la recurrente describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se incoó como consecuencia de una denuncia, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios y fijación de condiciones comerciales en el mercado definido, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y debemos desestimar este motivo del recurso. Podemos concluir, por tanto, que si una entrada y registro está debidamente autorizada, en este caso con el consentimiento efectuado por el representante legal de la empresa inspeccionada, y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora que, en el caso analizado, no pierde validez por la mera alegación de la recurrente de irregularidades en otras órdenes de investigación efectuadas a otras entidades toda vez que, como veremos posteriormente, el material probatorio inculpatario de la recurrente se ha obtenido especialmente de las pruebas y documentos aportados por la entidad que efectuó la solicitud de clemencia y, además, de los documentos encontrados en la inspección realizada en su propia sede.



SEXTO.- Rechazados los defectos formales invocados por la recurrente, debemos analizar si las conductas sancionadas encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que dispone:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".*

La CNMC en la resolución impugnada ha entendido que se han cometido siete infracciones únicas y de carácter continuo que se corresponden con la actuación conjunta de los concesionarios de una misma zona geográfica determinada atendiendo a razones de proximidad porque el cliente podía acudir a cualquiera de ellos para comparar precios y condiciones comerciales. Y esas zonas geográficas se agruparon por la CNMC en relación con los concesionarios de vehículos de las marcas AUDI y Volkswagen en: Zona Madrid; Zona Cataluña; Zona Andalucía; Zona Norte; Zona Asturias y Zona Levante. Y, además, se fijó la Zona Madrid para los concesionarios de vehículos de la marca SEAT.

Y es precisamente esa distribución en zonas geográficas lo que va a determinar el mercado geográfico afectado por la conducta infractora que no viene determinado por el territorio o por el espacio geográfico en el que la infracción analizada ha producido o es susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. El proveedor no establece a los concesionarios ninguna cláusula que discrimine o que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final. Por tanto, 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. Y eso justifica que las prácticas colusorias se hayan realizado entre concesionarios de zonas geográficas limítrofes que son zonas de influencia con un ámbito territorial que excede el propio de una Comunidad Autónoma. Y es precisamente ese ámbito supraautonómico lo que justifica la competencia de la CNMC para sancionar esas conductas.

Ámbito supraautonómico que no ha sido fijado por la CNMC de forma caprichosa o arbitraria para asumir la competencia sancionadora. Por el contrario, la determinación del mercado geográfico afectado se ha fijado atendiendo precisamente al comportamiento de los propios concesionarios quienes, a pesar de estar ubicados en provincias limítrofes con un ámbito superior al del territorio de una Comunidad Autónoma, convocaban a las reuniones a distintos concesionarios atendiendo al concepto de zonas de influencia y no al ámbito provincial o autonómico en que se ubicaban. Y ello precisamente porque los concesionarios participantes entendían que en esas zonas debían concurrir condiciones de competencia homogéneas toda vez que, dada la naturaleza del producto afectado, la elección de uno u otro concesionario por parte de los clientes y consumidores finales del vehículo vendría determinada por la obtención de mejores condiciones comerciales en la venta y para ello acudiría a diversos concesionarios ubicados en zonas de influencia geográficamente limítrofes. De ahí que hayan sido los propios concesionarios quienes a través de las convocatorias a las reuniones hayan fijado esas zonas de influencia y ese ámbito supraautonómico.

Por ello las actuaciones de los concesionarios se han agrupado en siete zonas territoriales. Y son:

1. Zona Madrid: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y en las provincias de Toledo y Guadalajara de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha.
2. Zona Cataluña: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
3. Zona Andalucía: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en las provincias de Ciudad Real, Badajoz, Cáceres, Almería, Jaén, Granada, Cádiz, Córdoba, Sevilla y Málaga de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Extremadura y Andalucía.
4. Zona Norte: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en las comunidades Autónomas del País Vasco, Navarra, Cantabria y la Rioja y la provincia de Soria de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

5. Zona Asturias: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en dicha Comunidad Autónoma.
6. Zona Valencia y Castellón: incluye los concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en las provincias de la Comunidad Autónoma de Valencia.
7. Zona Madrid (especifica también para la marca SEAT): incluye concesionarios de la marca SEAT ubicados en las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Madrid.

Por otra parte, destacamos que la actuación de los distintos concesionarios ubicados en cada una de esas zonas geográficas ha sido similar por cuanto han seguido un plan único de actuación conjunto como ahora pasamos a relatar. Y ello justifica igualmente la competencia de la CNMC para sancionar esas conductas, a pesar de que algunos concesionarios están ubicados en territorios de una única Comunidad Autónoma.

Y, según la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada, las conductas colusorias que han sido sancionadas se han producido entre los concesionarios de las marcas AUDI/SEAT/VW con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento que era bastante similar en cada una de las siete zonas geográficas en las que se ha considerado que se ha cometido una infracción del artículo 1 referido. Y en este momento resulta pertinente esbozar de manera general, la lógica y funcionamiento de la práctica sancionada tal y como se desprende de la resolución recurrida, que, en términos globales, este Tribunal asume:

1. Los concesionarios de las provincias que eran geográficamente limítrofes y que la CNMC ha agrupado en siete zonas geográficas celebraron diversas reuniones en las sedes de las asociaciones ANCOSAT (Asociación Nacional de Concesionarios SEAT) y ACEVAS (Asociación de Concesionarios Españoles de VOLKSWAGEN, AUDI y SKODA) quienes, a su vez, participaban en las reuniones y enviaban las condiciones acordadas (generalmente a una empresa concesionaria con un papel de coordinador que luego remitía al resto de los concesionarios de dichas zonas geográficas).

2. En esas reuniones los concesionarios, que eran empresas que competían en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismo de las marcas AUDI, SEAT y VW, celebraron acuerdos durante diversos periodos en función de las zonas geográficas afectadas que comprenden, según los supuestos, al menos desde el año 2006 hasta el desarrollo de las inspecciones en junio del año 2013. Esos acuerdos consistían principalmente en la fijación de condiciones comerciales comunes mediante: la determinación de los descuentos máximos a aplicar al precio de venta recomendado por la marca; precios comunes de tasación o regalos ofrecidos; y el intercambio de información estratégica y sensible.

3. Además, los concesionarios establecieron un sistema de monitorización y de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, S.L. La actividad principal de ANT consistía en la realización de evaluaciones para marcas de automoción, evaluando la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, bajo la marca "El Cliente Indiscreto" y ello a través de estudios de calidad. El cliente indiscreto visitaba los concesionarios y fingiendo ser un cliente cualquiera, recopilaba toda la información posible sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos. Mensualmente, el cliente indiscreto preparaba un informe para cada concesionario resumiendo los resultados de sus visitas y emitía informes identificando aquellas desviaciones en las que cada concesionario había incurrido respecto a las condiciones pactadas.

4. Asimismo, ANT prestaba otros servicios a los concesionarios, que denominaron "Estudios de Mercado" o "Estudios de Precios" respecto de cada una de las zonas geográficas afectadas, cuya finalidad, tal como especifica ANT en sus presentaciones, era "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos". Para ello ANT efectuaba un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados remitiendo dichas incidencias a los integrantes del cártel de cada zona y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. En sus visitas a los concesionarios, ANT recopilaba información sobre las condiciones comerciales aplicadas a la venta de ciertos modelos de vehículos por cada concesionario con el fin de comprobar si cumplían el acuerdo. Y para ello los concesionarios de cada zona recibían el documento denominado "Incidencias y Tabla Resumen" en el que figuraban, en cuadros desagregados por columnas, las condiciones ofrecidas por los concesionarios de cada cártel. En dicho documento quedaba reflejado si se había respetado el precio máximo o si se habían ofrecido descuentos o regalos que respetaban los acuerdos adoptados resaltándose las "incidencias" que eran los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos. Esta forma de actuación de la entidad ANT se aprecia con claridad en el contenido de la carta de presentación entregada a los concesionarios y en este sentido destacamos la de 13 de septiembre de 2012 (folios 19280 a 19290 del expediente administrativo) en la que se recogen manifestaciones realizadas por ANT

que demuestran como los concesionarios quisieron atribuir a ANT una función de control y de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios. Y son, entre otras expresiones, las siguientes:

"Situación actual: guerra de precios, escasa rentabilidad por operación; pocas ventas.

Propósito de esta acción: evitar la guerra de precios, homogeneización de descuentos máximos consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido.

Estudio que proponemos: ...nuestros compradores o compradores indiscretos visitaran sus concesionarios ...comprobaremos si todas las concesiones respetan o no la política comercial establecida.

Confidencialidad: 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".

5. En relación con algunos concesionarios como fueron los participantes en la Zona Madrid y en la Zona Cataluña de AUDI/VW los concesionarios acordaron, además, un sistema de sanciones mediante el cual el concesionario que incumpliera las condiciones pactadas estaba obligado a pagar una multa que recaudaba ANT.

Y, de todo lo expuesto, la CNMC en la resolución sancionadora ha entendido que los concesionarios de las marcas SEAT/AUDI/VOLKSWAGEN han adoptado acuerdos de carácter secreto dirigidos a coordinar tanto los precios de venta al público de los vehículos de dichas marcas como de las condiciones comerciales de la venta para así poder fijar una política comercial común en relación con las condiciones comerciales de la venta de los vehículos de las marcas SEAT/AUDI/VW. Concretamente, la CNMC en la resolución impugnada ha indicado que: *"Los concesionarios incoados, tanto propios del fabricante de las marcas AUDI, SEAT Y VW como independientes, pactaron precios y condiciones de venta de vehículos de estas marcas, adoptándose e implementándose tales acuerdos en hasta siete zonas diferenciadas territorialmente".*

Y, según refiere la CNMC en la resolución sancionadora, en esas conductas concurren las características propias de la práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007 constitutiva de un cártel. De acuerdo con la resolución *"se evidencia en el entramado organizativo diseñado por las incoadas la concurrencia de las características propias de los cárteles; así, la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad de los contactos y encuentros, el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos".*

SÉPTIMO.- La mercantil recurrente, no discute ni niega las consideraciones generales que la CNMC ha efectuado respecto de los contactos existentes entre los concesionarios ni tampoco sobre la existencia de la entidad ANT. La discrepancia se encuentra en la diferente interpretación que ambas partes deducen de esos contactos. Mientras, la CNMC considera que los contactos entre los concesionarios tenían por objeto adoptar acuerdos colusorios constitutivos de un cártel, la recurrente justifica esos acuerdos y la presencia de la entidad ANT como un mecanismo cuyo único objetivo era mejorar la competitividad.

La recurrente apoya su defensa invocando que, en todo caso, ese comportamiento nunca podría calificarse como de cártel. En esta línea, y entre otras consideraciones, apoya su defensa indicando que no ha podido existir un cártel porque falta un elemento esencial tal como se define en la disposición adicional tercera de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En dicha disposición adicional se indica que *"a los efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta o de otras condiciones comerciales..."*.

La recurrente señala que los contactos entre los distintos concesionarios no podían constituir una conducta colusoria calificada como cártel toda vez que no tenían capacidad para ponerse de acuerdo en la determinación de los precios de venta al público de los vehículos de las indicadas marcas ni en la determinación de las condiciones comerciales de la venta. Y ello porque sostiene que la relación con el distribuidor y proveedor de la marca era una relación vertical de tal manera que los precios de venta al público de los vehículos venían fijados y determinados por el proveedor de la marca por lo que es imposible que los concesionarios tuvieran capacidad para adoptar acuerdos en los que se fijaran precios y condiciones comerciales de venta comunes.

Esa alegación de la recurrente nos lleva a determinar la naturaleza jurídica de la relación entre el proveedor de la marca y el concesionario.



Es cierto que la organización de la actividad comercial de venta, así como del servicio postventa de un vehículo nuevo se configura conforme a las directrices del proveedor que concreta y especifica cada uno de los procesos de la concesión. Hasta el punto de que, en la distribución minorista de automóviles nuevos, la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta al público recomendado (PVR). Pero esa circunstancia no implica que el concesionario no pueda finalmente establecer libremente el precio final de venta del vehículo nuevo de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados toda vez que, en la realización de su actividad económica, el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse del negocio. Es decir, el concesionario es quien finalmente fija libremente el precio de venta al público de acuerdo con los criterios de su política comercial, aplicando una serie de variables y de márgenes a los precios de venta recomendados por la marca. El concesionario tiene su incentivo ligado a la retribución variable que va a suponer el elemento competitivo más importante entre los concesionarios. La retribución variable va a depender de los objetivos de ventas relacionados directamente con el volumen de ventas y la satisfacción y fidelidad de los clientes. Por tanto, es en la política comercial de descuentos, ofertas, regalos y de garantías adicionales donde los concesionarios van a poder diferenciarse entre ellos al poder ofrecer mejores condiciones a sus clientes y, por tanto, competir en el mercado.

En consecuencia, es el proveedor quien vende sus productos al distribuidor para que éste los revenda a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial. Y es precisamente la existencia de ese margen lo que justifica que los concesionarios tengan interés en adoptar una política comercial común que carecería de sentido si, como mantiene la recurrente, es el proveedor quien fija definitivamente el precio final de venta del vehículo.

Es decir, la marca vende sus productos al concesionario y este los revende a los clientes con el objetivo de rentabilizar su negocio a través del margen comercial de la venta y la consecución de los objetivos remunerados por la marca. Son los concesionarios quienes asumen el riesgo de la actividad de venta de vehículos nuevos y el riesgo comercial de los vehículos en stock y, por tanto, quienes pueden fijar las condiciones de venta de los vehículos. Así, se deduce del contrato de concesión en el que se indica expresamente que *"el concesionario concluirá todas las operaciones que se deriven del presente contrato en calidad de empresa independiente en nombre y por cuenta propia"*. Y se añade que *"el proveedor venderá los productos al concesionario a los precios vigentes en la fecha de factura. El proveedor emitirá recomendaciones no vinculantes sobre los precios finales de venta"*.

La actividad que se prohíbe en el artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia es cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. Y para su existencia no se requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. Y es precisamente la naturaleza del objeto de esta prohibición lo que impide admitir la afirmación de la recurrente cuando considera que no llegó a implementar los acuerdos colusorios imputados. Sobre este punto, debemos recordar que la infracción imputada es por el objeto y no por sus efectos de tal manera que, se entiende cometida la infracción cuando empresas que son competidoras entre sí adoptan acuerdos cuyo objeto es fijar precios de venta y condiciones comerciales comunes en la venta de vehículos de motor de las marcas AUDI/SEAT/VW que restringen por sí solas la competencia. Conductas que, además, quedan excluidas del concepto de menor importancia de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de Competencia.

Y precisamente como se está ante una infracción por objeto no podemos considerar incorrecta la determinación del mercado de producto efectuada por la CNMC en la resolución sancionadora que de forma objetiva ha considerado como tal *"el de la distribución de vehículos de motor nuevos de las marcas del grupo SEAT, es decir, AUDI, SEAT y VOLKSWAGEN, a través tanto de concesionarios independientes, sujetos a un contrato de concesión por el fabricante de dichas marcas, como de concesionarios propiedad del fabricante de dichas marcas"*.

Por otra parte, es la consideración de las conductas colusorias analizadas como de infracción por el objeto lo que implica que no pueda declararse improcedente o arbitraria la actuación de la CNMC de no incluir en el mercado del producto a los vehículos de motor de otras marcas comerciales como así interesa la recurrente cuando, por otra parte, esa delimitación del mercado de producto incluyendo únicamente a los vehículos a motor de las marcas AUDI, VW y SEAT se ha realizado por los propios concesionarios participantes en las conductas sancionadas.

OCTAVO. - Esta Sección a la vista de lo expuesto considera que se está ante una conducta anticompetitiva denominada cártel que supone un acuerdo formal entre empresas del mismo sector cuyo fin es reducir o



eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo un poder sobre el mercado en el que obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile en su párrafo 26 refiere que:

"Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C104/85, C114/85, C116/85, C117/85 y C125/85 a C129/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".

Esa misma sentencia del Tribunal de Justicia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. 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.

(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".

Únicamente puede comprenderse que los concesionarios de una misma marca acuerden unos mismos precios de venta al público de los vehículos de motor, así como unas mismas condiciones comerciales comunes si lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y de eliminar así la incertidumbre y, ello con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia. Por otra parte, tales conductas si tenían aptitud para distorsionar la libre competencia y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podían fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta analizada es perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 por cuanto varias empresas actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo de actuación conjunta participando en la adopción de acuerdos dirigidos a determinar y fijar los precios de venta y condiciones comerciales en el sector de venta de vehículos de motor de las marcas AUDI/SEAT/VW.

No cabe duda de que los acuerdos adoptados sobre fijación de precios y condiciones comerciales, como es el caso, tenían aptitud para restringir la competencia en todo el mercado nacional, reduciendo así la independencia en la toma de decisiones de las empresas al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa como es la fijación y/o negociación de precios y descuentos a sus clientes, realizando además las empresas del cártel un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Acuerdos que podían alterar la competencia pues las empresas reducían así la incertidumbre a la que se enfrentaban conociendo mejor la estrategia comercial de los competidores.

Esta Sección declara que la conducta examinada se ha calificado correctamente como de cártel por la CNMC. Y la calificación de la conducta examinada como cártel es una calificación jurídica que corresponde determinar a este Tribunal sin que pueda ser desvirtuada dicha calificación a través de una prueba pericial practicada en autos a solicitud de la parte actora.

NOVENO.- Debemos ahora examinar cual fue la participación concreta de la recurrente en las conductas anticompetitivas que tuvieron lugar en la zona geográfica de Madrid que incluía los concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y en las provincias de Toledo, Guadalajara y Ávila de las CCAA de Castilla-La Mancha y Castilla-León. Entre los cuales se encontraba la mercantil recurrente, M. CONDE, S.A., ubicada en Madrid que es concesionario oficial de las marcas AUDI, VW y SEAT.

Concretamente, la CNMC le imputa responsabilidad por su participación en el cártel de concesionarios de la marca VW de la Zona Madrid desde febrero de 2008 hasta junio de 2013.

La CNMC en la resolución sancionadora justifica la existencia del cártel en la zona Madrid sosteniendo que:



"...22 concesionarios de las marcas AUDI y VW ubicados en la Comunidad de Madrid y en las provincias de Guadalajara y Toledo (...), con la colaboración de ACEVAS, HORWATH y ANT, desde al menos febrero de 2008 alcanzaron acuerdos para fijar 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), gastos de matriculación, precios de inspección previa a la entrega, transporte, garantía "service card", condiciones de financiación u obsequios permitidos (por lo general, el llamado "kit de matriculación"), precios de ciertas piezas de recambio, accesorios y servicio postventa y precios de servicios de renting".

Por tanto, de lo expuesto, podemos concluir que en la Zona Madrid si concurren las características generales del funcionamiento del cártel sancionado: reuniones entre los concesionarios de la zona para fijar condiciones comerciales comunes como acuerdos sobre niveles máximos de descuentos aplicables al precio de venta al público recomendado por la marca, valores máximos de tasación de los vehículos de segunda mano y una extensión de la garantía de los vehículos (2 años como regla general), así como la implementación de un sistema de seguimiento y control del cumplimiento de esos acuerdos a través de la entidad ANT.

Conductas que están debidamente acreditadas en el expediente administrativo y, en este sentido, destacamos de forma especial como pruebas inculpativas de la existencia de cártel en la zona de Madrid las siguientes:

a) "P rotocolos de revisión" que contienen los acuerdos de precios mensuales entre los concesionarios de la Zona Madrid, desde marzo 2008 hasta marzo de 2013 para VW y mayo de 2013 para AUDI. La prueba la integrarían los protocolos de revisión de VW de 11 marzo 2008 (folios 19126 a 19131) y de marzo de 2013 (folios 25 a 28 y 6172 a 6176), así como los protocolos de revisión de AUDI de 8 de marzo de 2008 (folio 17453 a 17457) y de 8 mayo 2013 (folios 4575 y 4576), recabados en la inspección de ANT.

b) Estudios de ANT de seguimiento del cumplimiento de dichos acuerdos desde abril de 2008 hasta mayo de 2013. En este caso, la prueba la integrarían los estudios de ANT para AUDI de abril 2008 (folios 17458 a 17474) y para VW de abril 2008 (folios 17584) y de abril 2013 para AUDI (folio 19136) y para VW (folio 19137), recabados en la inspección de ANT.

c) Cuadros de ANT con los incumplimientos detectados desde febrero de 2008 y la existencia de un sistema de multas desde, al menos, 2010, revelados con los históricos de incidencias de VW y de AUDI 2008-2010, recabados en la inspección de ANT (folios 18081 a 18088). Y,

d) Facturas emitidas por ANT a los concesionarios de este cártel por el seguimiento realizado desde abril de 2008 a abril de 2013, así como las facturas de las multas impuestas bajo el concepto de "estudios extraordinarios" desde marzo de 2008 a mayo de 2013. Cuya prueba estaría constituida por las facturas de ANT a concesionarios AUDI y VW de abril de 2008 a marzo de 2013, recabadas en la inspección de ANT (folios 1552 a 1720, 1766 a 1796, 2109 a 2287, 2293 a 2389, 2436 a 2487, 2607 a 2612, 2614 a 2699, 2736 a 2810, 2888 a 2890, 2938 a 3029, 3082 a 3176, 3415 a 3475, 3498 a 3636, 3647 a 3784, 20588 a 20592, 21537 y 21539).

Por otra parte, la defensa de la recurrente no ha puesto en duda la existencia del cártel en la zona de Madrid salvo para interpretar que, en su caso, esas conductas no eran colusorias y, por otra parte, para negar la participación de la recurrente en su adopción.

Debemos así analizar si existe o no prueba de la participación de la recurrente en el cártel con conocimiento de los acuerdos anticompetitivos adoptados.

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.

Además, en el caso examinado, debemos destacar que gran parte de las pruebas de cargo se han aportado por el solicitante de clemencia y ello nos obliga a analizar el valor probatorio de las declaraciones de los solicitantes de clemencia. Sobre este extremo debemos recordar lo que esta Sección ya ha declarado en la sentencia de 7 de abril de 2014 en el recurso nº 6/2012 en la que se dijo:

"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 a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes 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 podrá 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 este se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencia 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).

3º. 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 rebasen 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 (sentencia del Tribunal *JFE Engineering* y otros /Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 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).

4º. 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 (sentencia del Tribunal *JFE Engineering* y otros /Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, *Grupo Danone/Comisión*, T-38/02, Rec. p.II-4407, apartado 285, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43, supra, apartado 239).

5º. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han prestado 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 estas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295)".

En un principio, debemos afirmar pues, que las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir pruebas de cargos, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de pruebas adicionales.

Pues bien, esta Sección anticipa que figuran en el expediente administrativo múltiples pruebas - tanto aportadas por el solicitante de clemencia como obtenidas en las inspecciones realizadas por la CNMC- que permiten concluir que la recurrente no solo participó en esas reuniones sino que, además, en su caso, tuvo incluso una participación más activa que el resto de los concesionarios de la zona ya que figuran en el expediente administrativo numerosos correos electrónicos en los que dicha empresa M.CONDE figura como convocante de las reuniones de los concesionarios para tratar temas de AUDI y de VW y de marketing en los que, además, figuraba en copia "el cliente indiscreto". En este sentido destacamos los correos electrónicos que figuran en el expediente administrativo en los folios 90, 370 a 381, 7586 a 7588, 7596 y 18437). De forma especial destacamos los correos electrónicos que figuran en los folios 381 y 7586 cuyo contenido pone de manifiesto que las reuniones tenían como finalidad adoptar una política comercial común entre los concesionarios de la zona en relación con la distribución de los vehículos de las marcas AUDI y VW lo cual es contrario a la competencia por cuanto restringen la competencia o, al menos, elimina la incertidumbre respecto



del comportamiento del concesionario que es su competidor. Así en el folio 381 figura un correo electrónico enviado el 8 de marzo de 2012 por la recurrente M.CONDE en el que indica:

"Estimados colegas:

Espero que hayáis visto la comunicación de la marca respecto de la campaña de financiación de 0% a 24 meses. Sería interesante tratar este asunto en las reuniones de marketing para tratar de aumentar el atractivo de estos productos en el presupuesto de publicidad mancomunada, una vez, eso sí, que veamos la posición de cada uno".

Y en el folio 7586 figura un correo electrónico enviado por M.CONDE en el que indica: *"P.D. Os recuerdo que quedamos en analizar los datos de mercado sobre tarifas de financiación basándonos en los datos individuales de marzo".*

Igualmente, consta que la recurrente M.CONDE participó y tuvo conocimiento del sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos implantados a través de la entidad ANT y ello porque recibía de ANT las Tablas Resúmenes que recogían las condiciones de venta ofrecidas por cada concesionario que se detectaban tras las visitas efectuadas por el cliente indiscreto y, además, porque abonaba a ANT facturas que expedía con cierta regularidad por la emisión de los "Estudios de mercado" desde abril de 2008 a marzo de 2013 que, en realidad, implicaban el pago de los servicios de ANT por la realización de las visitas al concesionario a través del cliente indiscreto. Y ello nos permite declarar, como así se ha indicado por la CNMC en la resolución impugnada, que M.CONDE si es responsable de la infracción imputada y sancionada por la CNMC.

Las anteriores pruebas ponen de manifiesto la participación de la recurrente en reuniones entre concesionarios de las marcas AUDI y VW en las que se adoptaron acuerdos colusorios -fijación de condiciones comerciales comunes en relación con algunos modelos- e igualmente ha quedado acreditado que conocía el sistema de seguimiento implantado a través de ANT a quien correspondía comprobar el cumplimiento de los acuerdos adoptados a través de la figura del cliente indiscreto y por esos servicios expedía facturas a los concesionarios implicados y, entre ellos, a la recurrente.

Por otra parte, no es creíble o, al menos, la recurrente no ha justificado que los pagos realizados a la entidad ANT de forma casi mensual puedan corresponderse con la realización real de estudios de mercado. Primero porque la recurrente no ha aportado ninguno de estos estudios de mercado y segundo porque no es comprensible la necesidad económica y comercial de la recurrente que le lleve a solicitar, en su caso, estudios de mercado con la regularidad que reflejan las facturas expedidas por ANT. Además, de ser cierta la realización de esos estudios de mercado no se comprende la mención por parte de ANT de su peligrosidad y de la necesidad de confidencialidad.

No cabe duda de que los anteriores documentos refuerzan la idea de la existencia de una voluntad clara de estrategia entre las empresas concesionarias de vehículos de las marcas AUDI y VW para fijar posiciones comunes o coordinadas en relación con los diversos aspectos comerciales que lo que implicaba que se estuviera impidiendo la competencia entre empresas competidoras.

Es obligado concluir entonces que las reuniones mantenidas por los concesionarios de las marcas AUDI y VW en la zona de Madrid tenían una finalidad concreta como era alcanzar una política comercial común en relación con la venta de los vehículos de dichas marcas.

Y la responsabilidad imputada a la recurrente debe ser por el periodo que le ha imputado la CNMC - febrero de 2008 a junio de 2013- puesto que, como hemos expuesto, estamos ante una infracción única de carácter continuo y existe en el expediente administrativo prueba de su participación en ese plan preconcebido y común durante ese amplio periodo de tiempo, o al menos, no consta que formulara expresa oposición al mismo.

En consecuencia, las pruebas acopiadas en torno a la participación de M. CONDE en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cartel mismo en la denominada zona Madrid, por otro, por la intervención de la sancionada en el mecanismo de actuación de "el cliente indiscreto", y además, por los correos a que nos hemos referido 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 M. CONDE 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 periodo que le atribuye la CNMC en la resolución recurrida.

DÉCIMO.- Finalmente, la recurrente cuestiona el importe de la multa, así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa o subsidiariamente la reducción de su importe pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de acuerdo con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013).



Esta Sección anticipa que rechaza la tesis de la recurrente y concluimos que la CNMC en la resolución sancionadora que ahora revisamos ha fijado el importe de la multa aplicando los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia teniendo en cuenta la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 por el Tribunal Supremo. Doctrina jurisprudencial que se ha reiterado en otras posteriores y que determinaron que el método para la cuantificación de las sanciones es el fijado en el artículo 63 de la LDC que es el precepto que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones y no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Además, el Tribunal Supremo en la citada sentencia añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

Pues bien, la resolución impugnada en la determinación de la sanción de multa si ha tenido en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia que llevan a obtener un tipo sancionador que luego se aplica sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de la imposición de la sanción, en este caso año 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC -con el límite citado del 10%-. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC así como, en su caso, la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes todo lo cual lleva a la CNMC a concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la empresa para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC .

En este sentido, consta como en la resolución impugnada la CNMC analiza cada una de las circunstancias recogidas en el artículo 64.1 citado destacando que *"algunos elementos permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC"*.

Y la CNMC analiza los siguientes criterios:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a). Consta en la resolución sancionadora que la CNMC ha concretado tanto el mercado geográfico como el mercado de producto afectado por las conductas colusorias que, como ya hemos expuesto en esta sentencia, no existen razones para declarar incorrecta y arbitraria la determinación del mercado afectado por parte de la CNMC.

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c). La CNMC señala en la resolución impugnada el ámbito geográfico afectado y añade: *"...siendo el mercado geográfico afectado el de dichas CCAA, 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 perjudicados por las conductas realizadas"*.

Además, sobre este extremo, la resolución impugnada destaca que: *"En las zonas geográficas relevantes en las que se han agrupado las infracciones (Madrid, Cataluña, Andalucía, Norte, Asturias, Valencia) los concesionarios de la marca oficial AUDI-VW que participaron en la practicas investigadas representan el 100% del mercado de distribución de vehículos a motor turismos e industriales de dichas marcas en las mencionadas zonas geográficas. Igualmente, en la zona geográfica afectada por los concesionarios de la red oficial SEAT que participaron en las practicas representan el 100% del mercado de la distribución de vehículos a motor turismos e industriales de dicha marca en esa zona geográfica"*.

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d). La CNMC indica que la duración servirá como parámetro de individualización pero que no obstante ese factor se utilizará como guía para la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas pues la duración general de la conducta revela, asimismo, en cierta medida su alcance y efectos.

d) El beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras, así como el daño potencial de una conducta (art. 64.1.f) de la LDC). Consta en la resolución sancionadora una tabla en la que se fija cual es la estimación mínima del beneficio ilícito y el daño potencial derivados de la infracción de cada empresa. Y para obtener esa estimación mínima se ha aplicado el porcentaje del 5% sobre el valor del mercado afectado por la conducta de cada una de las empresas. De forma expresa se recoge en la resolución que con ese porcentaje del 5% se obtienen las *"estimaciones mínimas del beneficio ilícito y del daño potencial derivado de la infracción de cada empresa"* y añade que esas estimaciones mínimas *"no son utilizadas para la fijación de las sanciones sino referencia para asegurar que las multas se mantienen dentro de un límite que asegure la proporcionalidad"*.



No es cierto que exista falta de motivación en la elección por parte de la CNMC de ese 5%. Por el contrario, la CNMC señala en su resolución que puede admitirse el 10% del volumen del mercado afectado como una estimación aproximada del beneficio ilícito y del daño potencial de una conducta anticompetitiva. Porcentaje que obtiene teniendo como referencia las alusiones del derecho comparado en este ámbito. Pero la CNMC ni siquiera acoge en la determinación de esa estimación el porcentaje del 10% fijado en el ámbito del derecho comparado, sino que atiende al porcentaje del 5% indicando que el intervalo entre el 5 al 10% es el más prudente y que en ese intervalo eligen el mínimo.

Por tanto, no puede apreciarse la falta de motivación como así refiere la recurrente.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios del artículo 64.1 citado que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y precisamente porque los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1.

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente M. CONDE, S.A. el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 69.405.517 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado se fijó en el 3,1%. La CNMC refleja en la resolución impugnada que: *"La mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales"*.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción y para ello aplica al volumen de negocios total de la empresa en el año 2014 el tipo sancionador con el límite del 10% del artículo 63 de la LDC que, en el caso de la recurrente, ha sido del 1,90%. Ello ha supuesto una sanción por importe de 356.676 euros que no puede entenderse desproporcionada teniendo en cuenta que se encuentra significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción por cuanto se ha fijado la estimación mínima del beneficio ilícito y del daño potencial en 3.470.276 euros.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC . A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el 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)."*

Finalmente, en el caso de M. CONDE, S.A. la utilización de un tipo sancionador del 1,90%, situado prácticamente en el punto mínimo del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC , no podemos calificar como de desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

UNDECIMO. - Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo procede imponer a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido 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

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº 547/2015 promovido por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez, en nombre y representación de **"M. CONDE, S.A."** , contra la resolución de 28 de mayo de 2015, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador NUM000 , CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, que le



ha impuesto una sanción de multa por importe de 356.676 euros y, en consecuencia, se confirma al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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 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 se momento y no anteriormente, lo que no se hizo.

17. Hay que recordar que la CNMC dispuso desde el primer momento de toda la información precisa sobre el número de empresas afectadas y el volumen de documentación generado. Además, si hubiera acordado la suspensión que le fue solicitada por las empresas, dicho período no hubiera podido contabilizarse en su contra



para justificar la caducidad, pues la suspensión se habría concedido a instancia de las partes y se extiende hasta la recepción de las alegaciones.

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