



Roj: **SAN 1318/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1318**

Id Cendoj: **28079230062019100092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **447/2015**

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: 0000447 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04321/2015

Demandante: ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS)

Procurador: DÑA. ISABEL CAMPILLO GARCIA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT, S.A., HERGO MOTOR, S.L. Y HORWAHT AUDITORES ESPAÑA, S.L.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de marzo de dos mil diecinueve.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 447/2015 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo García, en nombre y representación de la **ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS)**, 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 S/0471/13, CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 15.000 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; la mercantil HERGO MOTOR, S.L. representada por el Procurador D. Luis



Fernando Álvarez Wiese; y la mercantil HORWAHT AUDITORES ESPAÑA, S.L. representada por la Procuradora Dña. Mónica Calero Pérez.

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 declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y decrete su íntegra anulación".

SEGUNDO . - El Abogado del Estado y la defensa de la mercantil codemandada SEAT, S.A. contestaron a la demanda mediante escritos en los que suplicaban se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

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 6 de marzo 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 ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS) 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 S/0471/13 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:

1. ACEVAS, por su participación en los cárteles de concesionarios de las marcas AUDI y VW de la Zona Madrid desde febrero de 2008 hasta junio de 2013; de la Zona Cataluña desde marzo de 2006 hasta junio de 2013 y de la Zona Andalucía desde diciembre de 2009 hasta junio de 2013.

(...)

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

1. ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS): 15.000 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 turismos de las marcas AUDI, VW y SEAT a través de concesionarios independientes del fabricante y concesionarios propiedad de la marca, con la colaboración, dependiendo de las marcas de vehículos y de las zonas geográficas de dos asociaciones, ACEVAS y ANCOSAT, y de dos empresas de consultoría y servicios, ANT y HORWATH".*

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 Ley de Defensa de la Competencia . 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 cárteles 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, ACEVAS, la resolución impugnada concreta que: *"...integra cuatro marcas del Grupo Volkswagen (VW, Audi, VW Vehículos Comerciales y Skoda) con sus redes independientes (casi 300 concesionarios en total). (...) Su principal misión es la representación, gestión, defensa y promoción de los intereses de los concesionarios independientes asociados mediante la eficaz protección y potenciación del negocio de los mismos"*.

Y la CNMC, al igual que a las entidades ANT, HORWATH y ANCOSAT, ha incorporado a la recurrente ACEVAS en el cártel sancionado por *"su papel determinante, no como meros asistentes o colaboradores pasivos del cártel, sino como auténticos facilitadores activos e instrumento clave del intercambio de información, induciendo y proponiendo medidas de estabilización (es decir, de seguimiento) a sabiendas de su ilicitud..."*.

SEGUNDO. - En el escrito de demanda presentado por la asociación recurrente "ACEVAS" se solicita la nulidad de la resolución sancionadora. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Su defensa principal es que la CNMC no puede sancionarle por su papel de facilitador en la adopción de acuerdos entre los concesionarios de las marcas AUDI y VW toda vez que, según refiere, dichos acuerdos no tienen la consideración de acuerdos colusorios ni son anticompetitivos. En este sentido afirma que es equivocada la descripción que la CNMC recoge 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 como facilitador en un cártel de fijación de precios, o de intercambio de información, sin saber si realmente los concesionarios tenían y en qué grado libertad practica y contractual para fijarlo cuando es el proveedor de la marca quien determina las condiciones comerciales de toda la cadena hasta el cliente final. Insiste en la idea de que el precio de venta de los vehículos a motor por parte de los concesionarios se fija estrictamente por la parte proveedora del vehículo por lo que, los concesionarios no pueden pactar entre si el precio de venta del vehículo. Y, por ello, la recurrente considera que no se le puede considerar facilitadora en la adopción de acuerdos sobre precios del vehículo.

(c) Insiste la recurrente en la idea de que el precio de venta de los vehículos de las marcas AUDI y VW venia fijado por el proveedor de la marca con quien los concesionarios están en una relación de verticalidad.

Asimismo, para el supuesto de que no se aceptara la anterior afirmación, la recurrente sostiene que no se le puede sancionar como facilitador de las conductas colusorias porque, en su caso, su intervención como convocante de las reuniones a los concesionarios estaba amparada por su papel de asociación ya que, como tal, le corresponde la representación, gestión, defensa y promoción de los intereses de los concesionarios independientes asociados mediante la eficaz protección y potenciación del negocio de los mismos.



Por otra parte, no comparte la vinculación que la CNMC efectúa entre la asociación recurrente y su papel de facilitador en la convocatoria de las reuniones celebradas por los concesionarios. En este sentido, niega su papel facilitador porque sostiene que las convocatorias de las referidas reuniones no se realizaron por el representante de ACEVAS en cada zona geográfica que forma parte de su Junta Directiva. Por lo que niega cualquier vinculación con la convocatoria de las reuniones aludidas.

Finalmente sostiene la falta de motivación en la determinación de la cuantía de la sanción por cuanto la CNMC no ha tenido en cuenta las circunstancias que para el establecimiento de sanciones se recogen en el artículo 64.1 de la LDC .

TERCERO. - Una vez centrado el objeto de debate analizaremos previamente si las conductas que se han sancionado en la resolución impugnada encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia . Y ello porque la recurrente, la Asociación ACEVAS, apoya su defensa afirmando que no se le puede sancionar como facilitador de conductas realizadas por los concesionarios de las marcas AUDI y VW cuando no pueden calificarse como conductas colusorias.

El artículo 1 de la LDC 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 contrataos 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".*

Según resulta de la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada, las conductas sancionadas se han producido entre los concesionarios de las marcas AUDI/SEAT/VW con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento que la CNMC ha considerado que se integra en la 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 y que, además, así ha recogido en cada una de las sentencias dictadas en relación con cada uno de los concesionarios que han sido sancionados en el mismo expediente sancionador:

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).

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 comprendían, 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, de seguimiento y de control del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, S.L. y de los servicios de auditoría prestados por la entidad HORWATH.

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".

Y, de todo lo expuesto, la CNMC en la resolución sancionadora ha entendido que los concesionarios de las marcas SEAT/AUDI/VOLKSWAGEN habían adoptado acuerdos de carácter secreto dirigidos a coordinar los precios de venta al público de los vehículos de dichas marcas, así como las condiciones comerciales de la venta para poder fijar una política comercial común en relación con 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"*.

CUARTO.- Por tanto, de lo expuesto, deducimos que la CNMC considera que los contactos entre los concesionarios tenían por objeto adoptar acuerdos colusorios constitutivos de un cártel. Sin embargo, la recurrente justifica esos acuerdos y niega que fueran colusorios puesto que el único objetivo que se perseguía era mejorar la competitividad.

La recurrente apoya su defensa refiriendo que el comportamiento de los concesionarios no puede 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. Y por ello la recurrente concluye que la CNMC no le puede sancionar como facilitadora en la adopción de acuerdos por parte de los concesionarios cuando dichos acuerdos no tienen la característica de acuerdos colusorios.

Esta alegación de la recurrente obliga a esta Sección a analizar si efectivamente son anticompetitivos los acuerdos adoptados por los concesionarios de las marcas AUDI y VW fijando precios de venta de los vehículos de dichas marcas, así como condiciones comerciales que eran comunes. Y ello nos lleva a determinar cuál es la naturaleza jurídica de la relación existente entre el proveedor de la marca y el concesionario ya que una de las alegaciones esenciales de la asociación ahora recurrente es que los concesionarios carecían de capacidad para fijar los precios de venta de los vehículos puesto que venían impuestos por el proveedor de las marcas AUDI y VW.

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"*.

Debemos recordar que 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.

QUINTO. - Pues bien, esta Sección a la vista de lo expuesto considera que los acuerdos adoptados por los concesionarios de las marcas AUDI y VW si son acuerdos anticompetitivos que encajan en la calificación de cártel y que implica la adopción de un acuerdo formal entre empresas competidoras del mismo sector cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado obteniendo así un poder sobre el mercado en



el que se 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".

Solo hay una razón que permita comprender porque los concesionarios de una misma marca acuerdan precios de venta al público de los vehículos de motor y condiciones comerciales comunes y es que con esas conductas se trata 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, podía 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 competidoras entre si 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 y VW.

No cabe duda de que los acuerdos adoptados en relación a la fijación de precios y de 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 concluye que la conducta examinada si se ha calificado correctamente por la CNMC como acuerdos colusorios y anticompetitivos característicos de un cártel.

SEXTO.- Debemos ahora examinar cual fue la participación concreta de la recurrente en la realización de las conductas anticompetitivas sancionadas llevadas a cabo por los concesionarios de las marcas AUDI y VW. Debemos recordar que la recurrente, ACEVAS, no es una empresa ni un concesionario sino una asociación empresarial y como tal ha sido sancionada por la CNMC por su papel de facilitadora activa e instrumento clave en el intercambio de información entre los concesionarios e induciendo y proponiendo medidas de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios en las reuniones que se convocaban.

La CNMC ha entendido que ACEVAS ha tenido un papel especial como colaboradora activa del cártel por cuanto convocó, en muchas ocasiones, las reuniones de los concesionarios y permitió y consintió que se celebraran en sus instalaciones estando presente en ellas, en muchas ocasiones, y, además, mantuvo contactos directos con la entidad ANT cuyos servicios se contrataron por los concesionarios para que, a través de la figura del cliente indiscreto, se efectuara un seguimiento y control del cumplimiento de los acuerdos colusorios adoptados por los concesionarios de las marcas AUDI y VW. La CNMC justifica la imputación de la asociación empresarial ACEVAS apoyándose especialmente en correos electrónicos obtenidos por la CNMC en las inspecciones



practicadas y en la documentación aportada por la entidad que había solicitado acogerse al programa de clemencia.

La recurrente en este punto apoya su defensa indicando que no se le puede considerar facilitador en la adopción de los acuerdos colusorios porque desconocía la existencia de esos acuerdos y tampoco se le puede considerar responsable por su falta de diligencia en relación con el conocimiento de las conductas llevadas a cabo por los concesionarios que eran miembros de la asociación. En este sentido, sostiene que difícilmente se le puede sancionar como facilitador en la adopción de acuerdos colusorios por parte de los concesionarios cuando, según refiere, no era ACEVAS quien realizaba la convocatoria a las reuniones en las que, según la CNMC, los concesionarios adoptaban acuerdos colusorios ni podía conocer el contenido de las reuniones celebradas entre los concesionarios.

Como hemos destacado, la asociación ACEVAS niega su papel de facilitador por cuanto sostiene que nunca convocó a los concesionarios a celebrar reuniones en las que se pudieran adoptar decisiones contrarias a la competencia. Al contrario, señala que como asociación integrada por casi 300 concesionarios independientes de las marcas AUDI, VW y SKODA convocaba las reuniones con el único objetivo de perseguir exclusivamente la eficaz protección y potenciación de los negocios de los mismos toda vez que tenía asumida la defensa y promoción de los intereses de los concesionarios independientes asociados precisamente a ACEVAS.

Corresponde, por tanto, analizar si existe o no prueba de la imputación que la CNMC realiza a la recurrente por su papel de facilitador que niega expresamente la asociación recurrente sancionada. 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.

Esta Sección no acepta los argumentos que efectúa la entidad ACEVAS para conseguir la nulidad de la sanción impuesta en la resolución sancionadora que se ha impugnado. Como vamos a relatar figuran en el expediente administrativo pruebas indiciarias suficientes que permiten concluir que ACEVAS como asociación empresarial de los concesionarios de las marcas AUDI y VW tuvo un papel esencial como colaborador y como facilitador activo en la existencia y seguimiento del cártel facilitando, por una parte, a los concesionarios la celebración de reuniones en sus instalaciones que tenían una finalidad que excedía de la mera protección de los intereses comunes y competitivos de las empresas asociadas y, por otra parte, colaboró activamente en el sistema implantado para comprobar el cumplimiento de los acuerdos colusorios adoptados.

Concretamente, la participación de ACEVAS en la implementación del cártel se deduce de los siguientes indicios probatorios que figuran en el expediente administrativo:

a) ACEVAS conocía o, al menos, pudo o debía conocer que los concesionarios de las zonas geográficas de Madrid, Cataluña y Andalucía, en la mayoría de las ocasiones, se reunían en su sede. Y conocía la celebración de esas reuniones porque en muchos de los correos electrónicos que figuran en el expediente administrativo convocando a esas reuniones se incluía a la entidad ACEVAS como destinataria de dichos correos (entre otros, los que figuran en los folios 388, 390, 392, 393, 394 y 397). Y no consta que en ningún momento ACEVAS formulara objeción alguna a su celebración ni tampoco se opuso a que la convocatoria de las reuniones se efectuara en algunas ocasiones por algún concesionario que no formaba parte de la Junta Directiva de ACEVAS que es el órgano estatutariamente competente para la convocatoria de las reuniones. Reuniones que curiosamente y de forma reiterada casi siempre se convocaban por los mismos concesionarios según las zonas geográficas de que se tratase.

b) Por otra parte, ACEVAS también conocía que a las reuniones en su sede acudían no solo los concesionarios independientes de las marcas de AUDI y VW a quienes, de acuerdo con sus Estatutos, representaba y protegía, sino que también acudían los concesionarios dependientes de esas marcas no asociados. Y, sin embargo, la asociación ACEVAS tampoco tuvo con esa participación ninguna actuación diligente sino todo lo contrario consintió y facilitó la celebración de esas reuniones en su propia sede con concesionarios que no formaban parte de su asociación. Ni tampoco le llamó la atención que se reunieran en su sede concesionarios que no formaban parte de su asociación lo que pone de manifiesto, al menos, cierta falta de diligencia.

c) Figuran en el expediente administrativo algunos correos electrónicos que ponen de manifiesto que ACEVAS tuvo una participación intensa en la constitución del cártel que va más allá de la mera postura pasiva de consentir que se celebraran reuniones en su sede. Es decir, ACEVAS no solo tuvo conocimiento de la



celebración de las reuniones en su sede, sino que tuvo, además, pleno conocimiento de las conductas colusorias. Y, en este sentido, destacamos los siguientes correos electrónicos:

. en el folio 397 del expediente administrativo figura un correo electrónico emitido en fecha 5 de febrero de 2013 convocando a una reunión a los distintos concesionarios y tanto ACEVAS como el cliente indiscreto figuran en copia. En ese correo se indica la fecha y lugar de la reunión de los concesionarios integrados en la zona geográfica de Madrid en la sede de ACEVAS en el que se indica expresamente que se tendrá *"una reunión con la empresa El Cliente indiscreto para tratar los temas que se estimen oportunos"*. Y no consta que la asociación ACEVAS formulara oposición alguna a la celebración de esa reunión en su sede ni tampoco consta que realizara a los concesionarios participantes en la reunión alguna aclaración sobre la figura del cliente indiscreto. En igual sentido destacamos los correos electrónicos que figuran en los folios 392, 393 y 394.

. en el folio 18735 del expediente administrativo figura un correo electrónico emitido por la representante legal de la entidad de auditoría HORWATH - también sancionada en el presente expediente- en el que se indica: *"He elaborado una lista de ventajas de las auditorías y visitas de El Cliente Indiscreto tal y como quedamos con Demetrio en la reunión de ACEVAS. Te adjunto la lista para que la eches un vistazo y añadas o suprimas lo que veas conveniente. Demetrio la necesita para el lunes 23, de modo que cuanto antes se la remitamos mejor"*. Se destaca que Demetrio es el Director Gerente de ACEVAS.

. en el folio 18750 del expediente administrativo figura un correo electrónico dirigido por el representante de la empresa de auditoría HORWATH a ACEVAS (Demetrio) con copia a el cliente indiscreto *"sobre las ventajas de realizar los trabajos de auditorías y del cliente indiscreto tal como habíamos hablado"*. Y se añade: *"Espero que sea una buena herramienta para elaborar un guion de los argumentos en tu reunión"*.

Por tanto, figura en el expediente administrativo prueba indiciaria suficiente como para poder considerar que la asociación ACEVAS participó, como facilitador, en la realización de las conductas colusorias por parte de los concesionarios de las marcas de AUDI y VW que se han sancionado por la CNMC en la resolución impugnada que ahora revisamos.

La asociación ACEVAS impugnante justifica su defensa alegando que su participación se limitó a ejercer funciones representativas y de protección de los intereses de los concesionarios asociados y, añade, que esa participación no puede implicar que se le declare por la CNMC responsable como participe en el cártel dado su papel de facilitador o de colaborador activo en la adopción y mantenimiento de los acuerdos colusorios.

Tanto la jurisprudencia del TJUE -destacamos la sentencia de 22 de octubre de 2015, C-194/14 AC Treuhand/Comision- como del Tribunal Supremo han admitido que las asociaciones empresariales a pesar de que no tienen la condición de operador económico en el sector y en el mercado afectado por las conductas colusorias llevadas a cabo, en este caso, por los concesionarios de las marcas AUDI y VW pueden ser consideradas responsables de la realización de las conductas prohibidas previstas en el artículo 1 de la LDC. Recientemente, el Tribunal Supremo en el recurso de casación nº 4389/2017 que finalizó con sentencia dictada en fecha 19 de octubre de 2018 analizó por una parte cual debía ser el encaje de las "asociaciones" en el ámbito de las leyes de defensa de la competencia y, por otra parte, analizó si las conductas o decisiones restrictivas de competencia realizadas o adoptadas por asociaciones en defensa de los intereses profesionales de sus asociados están amparadas por el artículo 22 de la CE al considerarse como conductas o decisiones legítimas adoptadas en el ejercicio de ese derecho o si, por el contrario, quedan sometidas al régimen de infracciones y sanciones previsto en las leyes de defensa de la competencia. Concretamente dicha sentencia afirma *"que tanto los empresarios autónomos individuales como las asociaciones que estos constituyan están sujetos a las normas de defensa de su competencia, y sus conductas pueden ser enjuiciadas al amparo de dicha normativa"*.

Y en sus fundamentos jurídicos, el Tribunal Supremo sostiene que:

"SEGUNDO.- (...)

Debe recordarse que el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 TCE) considera incompatible con el mercado interior y quedan prohibidos no solo los acuerdos entre empresas sino también "las decisiones de asociaciones de empresas" y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. El Tribunal de Justicia ya desde su temprana jurisprudencia - sentencia de 29 de octubre de 1980 (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/789)-, consideró que las previsiones del derecho comunitario (en la actualidad de la Unión Europea) referidas a la defensa de la competencia también eran aplicables "[...] a las asociaciones cuya propia actividad o la de las empresas que las integran tienda a producir los efectos que dicha disposición pretende impedir", pues las previsiones en defensa de la competencia no dejan de aplicarse por el solo hecho de haber sido aprobada por una asociación. Y así se volvió a repetir en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). Sin que, por otra parte, el marco jurídico en el que se toman las decisiones de las empresas y la calificación jurídica que a dicho marco dan



los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, BNIC, 123/83 , Rec. p. 391, apartado 17).

Paralelamente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en su artículo primero considera como una conducta colusoria y consecuentemente prohibida "[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]" considerando en su artículo 61 como sujetos infractores "las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley " añadiendo en el art. 61.2 que "A los efectos de la aplicación de esta Ley , la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas" permitiendo en su apartado tercero que se sancione "[...] a una asociación, unión o agrupación de empresas"". Es más, al tiempo de calcular el importe de la sanción el art. 63 de la LDC afirma que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros".

Y este Tribunal ya en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (rec. 10.329/1997), consideró que la actividad prohibida puede serlo cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia, incluyéndose en ella la recomendación colectiva y que:

"[...] la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos".

Por ello, cabe concluir que tanto los empresarios individuales como las asociaciones de estos, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, están sujetos a las normas sobre competencia.

Es cierto que las asociaciones pueden legítimamente desempeñar un papel de defensa de los intereses de sus miembros, pero tampoco es posible descartar que realicen conductas contrarias a la competencia que no pueden quedar cubiertas bajo el manto del ejercicio de las competencias asociativas o, en general, de la libertad de asociación.

(...)

Lo relevante para la normativa de competencia, una vez probado que la conducta ha sido realizada por el ente colectivo, es que la conducta "por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tiene objetivamente por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contraria a la competencia".

La prohibición de colusión del artículo 101.1 TFUE es objetiva y preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de origen concertado que objetivamente tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria. (...).

TERCERO. Fijación de doctrina jurisprudencial.

Así pues, dando respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas en el Auto de admisión procede fijar como doctrina jurisprudencial que las asociaciones, incluidas las de empresarios autónomos, están sujetas a las normas de defensa de la competencia y, por lo tanto, sus conductas pueden ser sancionadas conforme a dicha normativa.

La conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico, entendido en un sentido amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en el mercado, y también las asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos.

En segundo lugar, y sin perjuicio de las singularidades concretas de cada caso, cabe entender que la protección dispensada por el derecho de asociación (art. 22 de la CE) no abarca las conductas o recomendaciones colectivas de las asociaciones, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contrario a la competencia".



En el caso analizado, esta Sección, al igual que la CNMC, entiende que ACEVAS debe ser responsable dado su papel como facilitador en la realización de las conductas anticompetitivas adoptadas por los concesionarios de las marcas AUDI y VW ya que, como hemos expuesto, tuvo una participación activa que fue más allá de la de ejercitar las funciones propias de una asociación. No cabe duda de que la intervención activa y facilitadora de ACEVAS contribuyó con su colaboración al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado. Como ya hemos referido anteriormente, ha quedado claro el activo papel jugado por ACEVAS en la adopción de acuerdos colusorios organizando y gestionando las reuniones celebradas por los concesionarios y, además, conociendo y participando del sistema implantado para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados a través de la entidad ANT y de la figura de "el cliente indiscreto".

Y, concluimos, que ACEVAS ha tenido un papel estratégico como facilitador y como organizador contribuyendo con ello al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia. Y ello porque la conducta desarrollada por ACEVAS ha de considerarse antijurídica al igual que ocurrió con la actuación desplegada por otros operadores involucrados en esos hechos, como son los concesionarios de la marca AUDI y VW. Y la consideración de ACEVAS como responsable deriva de lo dispuesto en los artículos 61.3 y 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia que considera sujetos infractores a las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones o conductas tipificadas como infracciones en esta Ley y, entre ellas, a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas.

En consecuencia, esta Sección concluye que figuran en el expediente administrativo bastantes indicios que permiten concluir que la recurrente conocía los acuerdos adoptados en relación con la fijación de los precios y de otras condiciones comerciales en el sector económico aludido. Como hemos referido anteriormente, las pruebas acopiadas en torno a la participación de ACEVAS como facilitador de las conductas colusorias realizadas por los concesionarios de las marcas AUDI y VW están constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada como facilitadora y colaboradora activa en el mecanismo de actuación de los comportamientos colusorios llevados a cabo por los concesionarios de las zonas geográficas Madrid, Cataluña y Andalucía y ello permite a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre la libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de ACEVAS en la infracción que se le imputa.

SÉPTIMO.- Finalmente debemos rechazar la alegación de la recurrente cuando refiere la falta de motivación en la determinación de la cuantía de la sanción impuesta por cuanto no ha tenido en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC .

La CNMC en la resolución impugnada si ha tenido en cuenta los criterios que se recogen en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de la sanción de multa como así se aprecia en el fundamento de derecho octavo de dicha resolución; no obstante, la CNMC en el momento de individualizar para cada una de las infractoras el importe concreto de la multa señala respecto de ACEVAS que *"su condición de asociaciones justifica en opinión de esta Sala de Competencia del Consejo, un tratamiento diferenciado respecto del resto de las incoadas"* y ese trato diferenciado va a implicar que se le imponga la sanción de multa por importe de 15.000 euros atendiendo a otros precedentes administrativos similares. La CNMC es consciente de que el importe de la multa no se ha fijado teniendo en cuenta el volumen de facturación de sus miembros *"pues ello conduciría a tomar en consideración, al menos parcialmente, dos veces una misma facturación para la imposición de la multa de la asociación"*.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción cuando ni siquiera alega que el importe de dicha multa pueda ser desproporcionada.

OCTAVO. - 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 447/2015 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo Garcia, en nombre y representación de la **ASOCIACION DE CONCESIONARIOS ESPAÑOLES DE VOLKSWAGEN, AUDI Y SKODA (ACEVAS)** , 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 S/0471/13, CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 15.000 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 PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

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

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

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

1. La primera fue acordada el 5 de febrero de 2015, por causa de la complejidad del expediente y con una duración de tres meses.
2. La segunda fue acordada el 16 de abril de 2015 y tuvo efecto desde el día 20, antes pues del vencimiento de la primera suspensión. Se justificó en la necesidad de recabar de las empresas que podían ser sancionadas, la cifra correspondiente a su volumen total de negocio correspondiente a 2014.

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

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

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

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

1. La STS de 13 de noviembre de 2013, recurso de casación 4037/2010 aborda un supuesto que guarda cierta similitud con el presente caso y proporciona algunos elementos que deben tomarse en consideración. Se trataba de la revisión de una sanción impuesta por la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la alegación de caducidad fue rechazada, a la vista de la complejidad expediente sancionador.
2. Dicha sentencia, señaló en su FJ sexto final que "el tribunal de instancia no vulnera los preceptos legales ni la jurisprudencia que en este primer motivo casacional se citan cuando admite la concurrencia de circunstancias excepcionales, derivadas del propio expediente sancionador, que habilitaban a la Administración para acordar la ampliación del plazo máximo de resolución por un período adicional de seis meses".
3. La aplicación mimética de dicha doctrina podría avalar la tesis de la mayoría, pero concurren en mi opinión circunstancias singulares que me inclinan a pensar que, efectivamente, existió la caducidad denunciada.
4. En primer lugar, en el supuesto enjuiciado por la STS de 13 de noviembre de 2013, el plazo conferido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) para instruir y resolver el expediente era de 12 meses y en el presente caso, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), gozaba para la misma actividad de un plazo de 18 meses (artículo 36.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, LDC).
5. La ampliación fue concedida en aquel caso para resolver un expediente que la sentencia de instancia con un criterio aceptado implícitamente por el TS, calificó de "naturaleza indudablemente complicada o compleja, que ni siquiera una ampliación de medios materiales y personales hubiese sido suficiente para el efectivo



- cumplimiento del plazo originario de un año cuando la adecuada tramitación exigió adjuntar documentación de diferente sesgo". Esta afirmación pone de manifiesto pues, un grado de complejidad absolutamente extremo.
6. El plazo inicial de 18 meses del que disponía la CNMC es superior en un 50% al concedido también inicialmente para resolver el procedimiento que dio lugar a la sentencia de 13 de noviembre de 2013 (12 meses) y coincidente con el que validó el Tribunal Supremo (18 meses), dato que no puede obviarse.
- En aquel supuesto se resolvió un recurso de la complejidad señalada anteriormente, en un total de 17 meses, es decir, inferior a los 18 meses que la LDC atribuye ahora a la CNMC para resolver los expedientes.
- Esta circunstancia debe tomarse en consideración para valorar la motivación de la CNMC cuando pretende ampliar el plazo de caducidad concedido.
7. El artículo 37.4 de la LDC, establece que la ampliación del plazo máximo de resolución puede acordarse de forma *excepcional*, mediante *motivación clara* de las circunstancias concurrentes.
8. La motivación del acuerdo de ampliación es pues, el dato esencial que debe analizarse para validar la suspensión misma. Por lo tanto, tal alegación deberá valorarse en el contexto correspondiente, atendiendo a la razonabilidad, coherencia y, sobre todo, claridad, de los argumentos empleados. Lo contrario supondría admitir como suficiente una invocación formal y estandarizada sobre la complejidad del asunto.
9. La lectura del Acuerdo de ampliación de fecha 5 de febrero de 2015, en principio cumple con las exigencias de una motivación individualizada, pues se indica en el mismo que el expediente involucra a 230 empresas, consta con más de 6000 documentos que comprenden 49.000 folios que culmina con una propuesta de resolución que consta de 360 páginas, datos que evidencian, sin duda, la complejidad del expediente.
10. El problema radica en el hecho de que un expediente sea complejo, y nadie discute que el que motiva estas actuaciones lo es, no es razón en sí misma para que imperativamente deba acordarse la ampliación del plazo de tramitación, pues un asunto de complejidad extraordinaria también puede resolverse en menos de 18 meses, como evidencia la STS de 13 de noviembre de 2013 antes citada.
- Por ello deberá estarse al examen de las circunstancias concurrentes que deben exponerse en la motivación del acuerdo de suspensión y del comportamiento de la Administración en cada caso.
11. En el presente supuesto ocurre un hecho insólito: 69 de las empresas finalmente sancionadas, solicitaron una ampliación en 7 días, del plazo inicial de 15, concedido para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos. Basaron su petición precisamente en la complejidad del expediente y el gran número de documentos que debían examinar, petición que la CNMC denegó en aras a la celeridad en la tramitación del procedimiento.
12. El hecho de que no todas las empresas afectadas por el expediente hubieran solicitado la ampliación del plazo, no es un obstáculo para sostener la tesis de la caducidad de expediente por este motivo, ya que, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el expediente es único, lo que significa que dicha circunstancia se comunica a todas las empresas reclamantes.
13. Sorprendentemente el Consejo de la CNMC, cuando tuvo que resolver el expediente, afirmó exactamente lo contrario y acordó, con los mismos argumentos empleados por las sedicentes empresas, un período de ampliación de tres meses, justamente por razón de la complejidad del expediente y la documentación que debía ser examinada.
14. El dato, en mi opinión, determinante se centra en el hecho de que, en el acuerdo de ampliación, la CNMC no justificó su cambio de criterio.
15. La motivación del acuerdo de ampliación debe ser clara, según dispone el artículo 37.4 de la LDC y no puede merecer este calificativo la conducta desplegada por la CNMC, que resulta ser intrínsecamente contradictoria y contraria a la doctrina de los actos propios y por consiguiente al artículo 3.1 de la Ley 30/1992.
16. Para poder ser aceptable la motivación contenida en el acuerdo de ampliación, la CNMC debió explicar en el mismo, el elemento diferencial que justificaba acordar la suspensión en 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