



Roj: **SAN 1363/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1363**

Id Cendoj: **28079230062019100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **527/2015**

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: 0000527 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04702/2015

Demandante: SERVISIMÓ, S.L.

Procurador: DÑA. ISABEL CAMPILLO GARCIA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SEAT, S.A.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

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. 527/2015 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo Garcia, en nombre y representación de "**SERVISIMÓ, S.L.**", 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 242.242 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandada ha intervenido la entidad SEAT, S.A. representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y la 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 30 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 "SERVISIMÓ, S.L." 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:

(...)

93. SERVISIMÓ, S.L. por su participación en el cártel de concesionarios de las marcas AUDI y VW de la Zona Cataluña desde marzo de 2006 hasta junio de 2013.

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

(...)

85. SERVISIMO, S.L.: 242.242 euros.

(...)

SEPTIMO. - Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento integro 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 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, SERVISIMO, S.L., la resolución impugnada concreta que: *"...constituida en 1990 en Tárrega (Lérida), es concesionario oficial de las marcas AUDI y VW y cuenta con delegaciones en Igualada (Barcelona) y Mollerusa (Lérida)"*.

Y la CNMC la ha incorporado en la zona geográfica agrupada en la denominada Zona Cataluña que comprende concesionarios ubicados en las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona de la Comunidad Autónoma catalana 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 la inspecciones.

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

1.- 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 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. 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.

2.-Niega la participación de SERVISIMO, S.L. 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.

3.- 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.

4.- 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 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 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".

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 la 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, como sucede en el caso examinado.

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".

CUARTO.- 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.

QUINTO.- 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. I1307, 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.

SEXTO.- Debemos ahora examinar cual fue la participación concreta de la recurrente en las conductas anticompetitivas que tuvieron lugar en la zona geográfica de Cataluña que incluía los concesionarios ubicados

en las provincias de Lérida, Barcelona, Gerona y Tarragona. Entre los cuales se encontraba la mercantil recurrente, SERVISIMO, S.L., ubicada en Tárrega (Lleida) que es concesionario oficial de las marcas AUDI y VW y que, además, cuenta con delegaciones en Igualada (Barcelona) y Mollerusa (Lleida).

Concretamente, la CNMC le imputa responsabilidad por su participación en el cártel de concesionarios de las marcas AUDI y VW de la Zona Cataluña desde marzo de 2006 hasta junio de 2013.

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

"...los concesionarios de las marcas VW y AUDI (...) con la colaboración de ACEVAS y ANT, 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, como términos de garantía extendida (2 años como regla general), y comerciales como gastos de matriculación, precios de inspección previa a la entrega, transporte garantía "service card", condiciones de financiación u obsequios permitidos (por lo general solo el llamado "kit de matriculación) desde marzo de 2006 hasta, al menos, las inspecciones realizadas en junio de 2013. (...) Estas prácticas de los concesionarios de las marcas AUDI y VW en la Zona Cataluña se habrían realizado auspiciadas y bajo la supervisión de la división de ACEVAS en Cataluña, convocando las reuniones del cartel, que normalmente celebraban con la periodicidad mensual, normalmente en la sede del "Gremi del motor" y ocasionalmente en la sede de CARHAUS, y en las que se adoptaron verbalmente acuerdos de descuentos máximos aplicables a la venta de coches nuevos, y en el caso de la marca VW, también el instrumento de referencia para calcular el valor de tasación de los vehículos de ocasión (GANVAM), que fueron monitorizados por ANT desde marzo de 2006 hasta, al menos, las inspecciones realizadas en junio de 2013".

Por tanto, de lo expuesto, podemos concluir que en la Zona Cataluña 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 sin que, por otra parte, la defensa de la recurrente haya puesto en duda su existencia 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 si participó en esas reuniones o, en su caso, las conocía y no formuló de forma publica una separación del resultado de dichas reuniones. E incluso consta su participación y 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" 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 permitir declarar, como así se ha indicado por la CNMC en la resolución impugnada, que *SERVISIMO* si es responsable de la infracción imputada y sancionada por la CNMC.

En este sentido 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 sin que a los efectos de su imputación y responsabilidad sea esencial su asistencia a todas las reuniones puesto que lo importante es tener conocimiento de los acuerdos anticompetitivos adoptados y no haber mostrado su oposición específica a los mismos. En este aspecto se recuerda la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el Asunto *T-Mobile* cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

"(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas

que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Asimismo, sobre este punto es necesario recordar la declaración recogida en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2003, Asunto T-61/99 Adriática di NavigazioneSpA, que en apartado 118 refiere "según reiterada jurisprudencia, el hecho de que una empresa no se pliegue a los resultados de reuniones cuyo objeto sea manifiestamente contrario a las normas sobre la competencia no puede eximirla de su plena responsabilidad derivada de su participación en el acuerdo siempre que no se haya distanciado públicamente del contenido de las reuniones (sentencia Mayr-Melnhof/Comisión, apartado 135)".

En este sentido se destacan las siguientes pruebas indiciarias que nos llevan a concluir que ha sido correcta la imputación efectuada por la CNMC a la recurrente:

a) figuran en el expediente administrativo diversos correos electrónicos enviados en distintas fechas, desde el 9 de febrero de 2011 hasta el 23 de mayo de 2013, a través de los cuales los concesionarios de la Zona de Cataluña se convocaban para celebrar diversas reuniones sobre temas tales como: *POLITICA COMERCIAL* en unas ocasiones; en otras, *POLITICA DE MARKETING* e incluso por reuniones *seguimiento de política de marketing* y por *revisión de política comercial*. Por otra parte, algunos correos electrónicos convocando a los concesionarios a la celebración de reuniones contenían expresiones que permitían a los concesionarios con una mínima diligencia presumir que se les convocaba a reuniones con un objeto muy alejado del derecho de la competencia toda vez que se pretendía adoptar una postura común en relación con las condiciones comerciales de la venta 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 se aprecia en el correo electrónico enviado en fecha 9 de junio de 2011 en el que se indica que "es de obligado cumplimiento en la política comercial incluir la extensión de garantía" y se añade "creo que independientemente de todo, la extensión de garantía es un bien común para la supervivencia y tendríamos que luchar por ella" (folio 677 del expediente administrativo); así como el correo electrónico de 7 de febrero de 2013 en el que se indica como Asunto: *AUDI DTOS 2013* y se especifica: "...para que todos tengáis la misma oportunidad de negocios sería importante igualar dichos dtos" (folio 664 del expediente administrativo). Es cierto que la mercantil ahora recurrente *SERVISIMO* no aparece en dichos correos ni como emisora ni como receptora de los mismos; no obstante, sí aparece en otros muchos correos -folios 682, 683, 686, 692, 695 y 710 del expediente administrativo- como receptora a través de los cuales, junto con otros concesionarios de la zona, se le convocaba a diversas reuniones para tratar los temas antes referidos que eran contrarios a la competencia y, por tanto, sí conocía cual era la finalidad que se perseguía en los encuentros entre los concesionarios y, por otra parte, no consta que efectuara alguna objeción a ello y sobre todo no consta que se separara de forma expresa y publica de los acuerdos adoptados.

b) destacamos de forma especial como prueba inculpatória de la recurrente la documentación que figura en los folios 4415 a 4418 del expediente administrativo. En ellos recoge el protocolo de actuación o resumen de los acuerdos adoptados por los concesionarios de la zona de Cataluña en la reunión celebrada en fecha 2 de mayo de 2012 en las instalaciones del concesionario *CARHAUS*. Y, además, consta en el folio 710 del expediente administrativo que a la recurrente *SERVISIMO* se le envió correo electrónico convocándole a dicha reunión. Pues bien en ese documento se recoge sin ninguna duda el mecanismo de actuación de los concesionarios de la zona de Cataluña: celebración de reuniones para adoptar una política comercial común en cuanto a las condiciones comerciales de venta de los vehículos (especialmente periodo de garantía) contrarias al derecho de la competencia; establecimiento y conocimiento del sistema de seguimiento del cumplimiento

de los acuerdos a través de la figura del "cliente indiscreto", así como la formalización del indicado seguimiento detectando incidencias y emitiendo estudios de mercado y facturando ANT por la prestación de esos servicios. Esos documentos son prueba que acreditan tanto la existencia del cártel en la zona de Cataluña como la participación y conocimiento del mismo por parte de la mercantil recurrente, SERVISIMO, S.L. En esta línea destacamos las siguientes expresiones que se recogen en el indicado resumen de la reunión celebrada en fecha 2 de mayo de 2012:

"La penalización por bajada es de 750 euros".

"Garantía: Deben de aplicar la garantía 2+2 en todos los vehículos".

"Reunión mensual para ver resultados..."

"Finalmente quedamos en 750 euros cada incidencia, las facturamos nosotros".

"Precios: Estudio Doble: 150. Visita de pago y señal: 75. Estudio de visita única: 100; Estudio de vista triple: 200".

"Incidencias: En cuanto aparezca una incidencia se les avisa para que lo sepan y esa visita se repite hasta que deje de ser incidencia. Entonces esa concesión paga penalización y paga otra visita".

c) el documento que figura en el folio 4282 del expediente administrativo permite deducir el carácter secreto que los concesionarios querían otorgar a sus reuniones y a sus decisiones al especificar:

"¡¡¡OJO!!! cambio a partir de ahora ya no enviamos la tabla de resultados por mail, la entregamos en reunión, por mail enviamos las visitas".

d) en los folios 4367, 4371 y 4399 del expediente administrativo figuran las evaluaciones efectuadas por el cliente indiscreto en distintos periodos en las que aparece la mercantil SERVISIMO. Así como las incidencias detectadas y el pago de 750 euros por parte de la recurrente en el folio 4294 del expediente administrativo.

e) Facturas expedidas por ANT a la recurrente por el concepto Estudios de Mercado desde marzo de 2006 hasta abril de 2013 (folios 3231 a 3268 del expediente administrativo).

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 Cataluña 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 - marzo de 2006 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 SERVISIMO en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cartel mismo en la denominada zona Cataluña, 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 SERVISIMO 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.

SÉPTIMO.- 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 CNMC 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 SERVISIMO el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 24.365.250 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 1,5%. 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 1,30%. Ello ha supuesto una sanción por importe de 242.242 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 1.218.263 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 SERVISIMO, S.L. la utilización de un tipo sancionador del 1,30%, 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.

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 527/2015 promovido por la Procuradora Dña. Isabel Campillo García, en nombre y representación de "**SERVISIMÓ, S.L.**", 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 242.242 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.