



Roj: **SAN 1325/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1325**

Id Cendoj: **28079230062019100099**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **442/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000442 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04258/2015

Demandante: HORWATH AUDITORES ESPAÑA S.L.P.

Procurador: DÑA. MONICA CALERO PEREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: MAVILSA AUTOMOVILES, SEAT

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

S E N T E N C I A N º:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de marzo de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 442/2015, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. MONICA CALERO PEREZ, en nombre y en representación de **HO RWATH AUDITORES ESPAÑA S.L.P .**, contra la Resolución del CONSEJO NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 28 de Mayo de 2015 resolución dictada en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra diversas empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado. Han intervenido como parte codemandadas MAVILSA AUTOMÓVILES, SEAT, representadas por los Procuradores Sres. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA, ANTONIO BARREIRO MEIRO BARBERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala *"Que, teniendo por presentado el presente escrito y sus respectivas copias, se sirva admitirlos, y, en su virtud, tenga por formalizada DEMANDA en los autos del Recurso Contencioso-Administrativo 442/2015, interpuesto por mi representada contra la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente NUM000 Concesionarios AUDI, SEAT, VOLKSWAGEN de fecha 28 de mayo de 2015,; dándole la tramitación que proceda en Derecho y, en su virtud, previos los trámites procesales pertinentes, acuerde en su día dictar sentencia por la que resuelva estimar íntegramente el recurso jurisdiccional deducido y, en consecuencia, declare nula la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 28/05/2015 impugnada, la revoque y deje sin efectos la sanción en concepto de multa impuesta a mi representada por importe de TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO (36.475,00.-) EUROS; o, subsidiariamente, acuerde estimar parcialmente el meritado recurso y, en su virtud, reduzca el montante de la sanción impuesta a HORWATH, conforme a lo expresado en el cuerpo del presente escrito"*.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 23 de Enero, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución del CONSEJO NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 28 de Mayo de 2015 resolución dictada en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra diversas empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La parte dispositiva de dicha resolución 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:

4. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P. por su participación en el cártel de concesionarios de las marcas AUDI y VW de la Zona Madrid desde marzo de 2008 hasta julio de 2012.

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

4. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.: 36.475 euros

CUARTO .- Declarar que, SEAT, S.A. incluyendo a sus filiales VOLKSWAGEN GROUP RETAIL SPAIN, S.L., ASTUR WAGEN, S.A., AUDI RETAIL BARCELONA, S.A.U., AUDI RETAIL MADRID, S.A., LEIOA WAGEN, S.A., LEVANTE WAGEN, S.A., MÁLAGA WAGEN, S.A., SEVILLA WAGEN, S.A., VOLKSWAGEN BARCELONA, S.A.U., VOLKSWAGEN MADRID, S.A. y SEAT MOTOR ESPAÑA, S.A., reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que le corresponde por su participación en la conducta infractora.

QUINTO .- Que se proceda al archivo de las actuaciones seguidas contra VALLADOLID WAGEN, S.A., W.TECHNIK VALLES, S.L., LINARES GARRIDO AUTOS, S.L. y TALLERES PONCIANO SERPAS, S.L., por no

haber quedado acreditada la comisión de infracción por dichas empresas, en los términos expuestos en los Fundamentos Cuarto y Sexto.

SEXTO .- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que proceda a la averiguación y, en su caso, a la incoación y practica de actuaciones de instrucción que permitan determinar la posible responsabilidad por sucesión empresarial, respecto de la conducta de las mercantiles AUTOMOCIÓN MARVI, S.A.U., AUTOMÓVILES BERMAR, S.A., CARLOS Y FERNANDO, S.A., CENTRAL IMPORT, S.L., CHUYVAL, S.L., COMERCIAL PEBEX, S.A., POZUELO MOTOR, S.A., MOTOR VIC, S.A., TOLEAUTO, S.A. y VAT-SUR, S.A.

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

OCTAVO .- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

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

La resolución ahora impugnada en relación a la existencia misma del cartel, efectúan las siguientes consideraciones:

La documentación que obra en el expediente permite concluir que las facturas emitidas por los servicios de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos o para penalizar incumplimientos ("estudios extraordinarios"), las notas referentes a reuniones, los documentos con directrices sobre cuestiones de gestión y ejecución del control del seguimiento de los acuerdos, los correos electrónicos entre las asociaciones y ANT adjuntando condiciones acordadas para ciertos vehículos, remitidos a su vez previamente por concesionarios ahora incoados, o bien indicando la metodología a utilizar por los falsos compradores en sus visitas a los concesionarios para detectar posibles incumplimientos de los acuerdos, y los informes de seguimiento constituyen elementos fácticos y documentales plenamente probados que permiten llegar a la conclusión de la existencia de los distintos cárteles en las Zonas precitadas, constituidos por las mercantiles incoadas, con la colaboración de las asociaciones de cada marca y, respecto de los cárteles correspondientes, las empresas de consultoría incoadas.

Respecto a la existencia misma del Acuerdo (folio 94 de la resolución) se habla 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 cárteles diferenciados por zonas geográficas, de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de servicios y un intercambio de información comercialmente sensible, como mecanismo utilizado por tales cárteles para comprobar el cumplimiento de los acuerdos adoptados, así como la participación en el mismo de las empresas y las asociaciones imputadas en el presente expediente.

No cabe sino concluir que el intercambio de información sensible y una fijación de descuentos máximos entre concesionarios competidores miembros de una 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 preservar o garantizar ciertos márgenes comerciales y debilitar la debida tensión competitiva.

En cuanto al efecto de las prácticas anticompetitivas, resulta que se afirma en la resolución (folio 101) que *"Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que la DC ha acreditado debidamente durante la instrucción del procedimiento que las conductas llevadas a cabo por las partes, además de constituir una restricción sensible del juego de la competencia, y tener un objeto contrario a la competencia, han causado una afectación restrictiva de la misma."*

Ha quedado acreditado por las múltiples evidencias documentadas en el expediente que el precio final de los vehículos de las marcas AUDI, VW y SEAT a los que afecta el presente expediente se ha determinado por los concesionarios incoados a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (descuentos máximos, campañas comerciales a aplicar, tasaciones...). Ello no significa igualdad de precios, sino determinación de que el precio final de los vehículos acordados no fuera inferior a aquél que garantizaba a los concesionarios incoados ciertos márgenes, con aptitud para uniformar los precios de éstos, elemento esencial cuya afectación repercute directamente en la libre competencia."

Afirma en el apartado de hechos probados que HORWATH es una sociedad de CROWE HORWATH SPAIN y domicilio social en Madrid, tiene como objeto social la prestación de servicios de la actividad propia del ejercicio de la auditoría.

Respecto a la participación de ANT, HORWATH, ACEVAS y ANCOSAT como colaboradores y facilitadores en la conducta que se imputa, resulta que entiende (folio 103 de la resolución) ANT y HORWATH, pese a ser entidades ajenas al mercado afectado, han participado activamente en la infracción, con la colaboración de ANCOSAT y ACEVAS, actuando como controladores del cumplimiento de los acuerdos de los correspondientes cárteles de concesionarios de las marcas Audi, VW y SEAT en siete zonas diferenciadas geográficamente.

Afirma que constan en el expediente pruebas documentales que acreditan la colaboración de ACEVAS con ANT y HORWATH, con el fin de extender los acuerdos de las marcas de AUDI y VW a nivel nacional, para lo cual se proyectó un sistema de seguimiento y control elaborado por ANT y HORWATH a petición de ACEVAS en julio de 2012.

En cuanto a la **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA** de la resolución (folio 119 de la resolución) se afirma en el FJ Sexto de la misma que

"La valoración de la instrucción realizada por la DC nos lleva a la constatación de la existencia de un cártel para cada una de las zonas geográficas diferenciadas supra, por cuanto concurren los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC . En cuanto al elemento subjetivo requerido, resulta evidente que las partes del presente procedimiento son empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de las marcas AUDI, VW, SEAT y que han llevado a cabo acuerdos durante periodos diversos en función de las zonas geográficas afectadas que comprenden, según los supuestos, al menos desde el año 2006 hasta el desarrollo de las inspecciones por la DC los días 4 a 6 de junio de 2013. Estos acuerdos, consistentes principalmente en la fijación de precios, mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyen conductas que tanto el artículo 1 de la LDC como la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley prevén como acuerdos prohibidos y merecedores de sanción. Igualmente, ha quedado acreditado que las empresas han adoptado sus acuerdos con manifiesta ocultación y secretismo, valiéndose de específicos mecanismos de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos e incluso en algunos supuestos de instrumentos de sanción para los incumplimientos. (...)

El intercambio de información aquí analizado (política comercial, precios, descuentos, condiciones comerciales) encaja, por tanto, en la categoría de información estratégica susceptible de producir una evidente afectación en el mercado relevante objeto de este expediente. Es indudable, en conclusión, que el tipo de información aquí intercambiada debe ser considerada información sensible y estratégica de las concesionarias, por lo que su puesta en conocimiento al resto de competidores rompe con la lógica actuación empresarial y quebranta las normas básicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado.

De la documentación obrante en el expediente del que trae causa la presente resolución, se concluye que las partes llevaron a cabo las conductas descritas, siendo prueba inequívoca de ello el contenido de los correos electrónicos obtenidos en las inspecciones, las anotaciones manuscritas de las empresas, las reuniones entre competidores en algunos casos en el marco de la asociación que agrupa a parte de los mismos, así como la información proporcionada en las contestaciones a los requerimientos de información y la acreditación de otro tipo de conductas llevadas a cabo por las empresas que suelen ser características de las conductas habituales constitutivas de un cártel, como son la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos.

Pese a que tanto los acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales como el intercambio de información sensible constituyen restricciones de la competencia por su objeto y ello es por sí suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que ambas conductas han ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos de las marcas AUDI, VW y SEAT a través de concesionarios independientes del fabricante y concesionarios propiedad de la marca, al disminuir la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a las ofertas que podían formular sus competidoras respecto de los vehículos de la marca. (...)

Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de siete infracciones independientes entre sí imputables a cada grupo de concesionarios en función de la zona geográfica en la que se ha llevado a cabo la infracción, esto es, zonas de Madrid, Cataluña, Andalucía, Norte, Asturias y Valencia para concesionarios de AUDI y VW y zona Madrid para SEAT. Además, ambas infracciones cumplen los requisitos previstos en el apartado segundo de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC para ser calificadas de cártel.

Finalmente, cabe señalar que las conductas acreditadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC , que considera infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o

conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí y que cumplen los requisitos previstos en el apartado segundo de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC para ser calificadas de cártel. (...)

En este caso, el precio final se ha determinado por los concesionarios de las marcas AUDI, VW y SEAT participantes en los cárteles de las zonas geográficas repetidas a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (campañas a aplicar, descuentos máximos, regalos, tasaciones), lo que no implica necesariamente una simetría exacta en los precios finales de venta al público aplicados por los concesionarios, pero sí una coordinación que persigue en última instancia garantizarles un determinado margen comercial evitando un funcionamiento competitivo del mercado.

En cuanto a la participación de las empresas ANT y HORWATH, supone un valor añadido para la efectividad de los acuerdos, y además, un elemento característico de este tipo de conductas que no resulta novedoso para esta Comisión. Ese tipo de mecanismos de control típicos de los cárteles son habituales, siendo los más comunes los consistentes en intercambios de información a través de los sistemas de auditoría o bien utilizando un censor, fiscalizador o coordinador".

También se afirma en la resolución, en relación a la ahora recurrente que "También respecto de HORWATH ha quedado acreditada su elaboración con ANT para ACEVAS de una lista de las ventajas de realizar sus trabajos de seguimiento y auditorías de forma conjunta, señalando expresamente en dicha lista de ventajas que "en el caso de una implantación a nivel nacional se suprimirían las "hostilidades" en descuentos entre distintas zonas (límitrofes en su mayoría)" Constan igualmente en el expediente las convocatorias de reuniones del cártel enviadas por M.CONDE a los concesionarios AUDI y VW participantes en el cártel de la Zona Madrid entre mayo de 2009 a junio de 2012, copiando en muchas de ellas a ANT y en algún caso, también a HORWATH147, así como intercambios de correos entre HORWATH y los concesionarios afectados relativos a distintos aspectos del servicio de seguimiento de los acuerdos adoptados."

SEGUNDO .- La parte recurrente fundamenta su demanda, en primer lugar, en diversas irregularidades que expone durante la instrucción del procedimiento en la forma de realizar las actas de inspección

Entiende que los funcionarios que llevaron a cabo la investigación, obviaron su deber de informar a los representantes de la empresa de que no contaban con autorización judicial para realizar la inspección y, que, por tanto, M.CONDE estaba en su derecho de oponerse a la inspección sin que ello supusiera obstrucción a la actividad investigadora.

En el curso de ambas inspecciones, los inspectores hicieron uso de facultades que, según entiende la representación de la recurrente, no se encontraban amparadas por las órdenes de investigación -la de ANT y la de MCONDE- ni el Auto judicial dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche para la inspección de ANT.

Entiende que del expediente administrativo no se puede deducir la realización de las actividades que se imputa a la recurrente y que en ningún caso puede colegirse de esos documentos que HORWATH tuviera conocimiento del uso o destino ilícito que sus clientes dieran de los datos obtenidos en las auditorías, ni mucho menos que HORWATH tuviera voluntad o interés alguno hacia la consecución de los objetivos perseguidos por el cártel.

Los concretos motivos empleados en la fundamentación jurídica de la demanda hacen referencia a las siguientes cuestiones:

2.- Sobre la improcedencia de la sanción impuesta por inexistencia de una infracción imputable a HORWATH.

La primera razón por la que resulta improcedente la imposición de una sanción a HORWATH radica en que los comportamientos que se le imputan a la mercantil no resultan subsumibles en el tipo sancionador invocado por la Administración.

Entiende que los servicios que presta se encuentran dentro del ámbito de actuación de las empresas de auditoría y dentro del marco que contempla su normativa específica de regulación. Considera que es significativo en este punto que ninguno de los concesionarios de la Zona de Madrid sancionados por supuestas prácticas anticompetitivas mencione a HORWATH en sus escritos de defensa en vía administrativa.

Del análisis del Expediente administrativo se desprende que las condiciones de venta de los vehículos venían impuestas desde la marca-fabricante AUDI, SEAT, VOLKSWAGEN, que era ANT la encargada de evaluar su cumplimiento y de denunciar a los concesionarios infractores mediante sus informes periódicos y que en las reuniones entre la marca y los concesionarios, ella no llegó nunca a participar.

3.- Sobre la improcedencia de la sanción impuesta por la falta de concurrencia de culpabilidad en la actuación del recurrente .

Entiende el escrito de demanda que si bien hasta ahora se ha dicho que las actividades de auditoría que HORWATH ha prestado a los concesionarios no constituyen comportamientos susceptibles de subsumirse en el tipo sancionador del art. 62.4.a) de la LDC ; a ello debe añadirse que tampoco concurre el elemento subjetivo necesario para que la conducta realizada pueda ser merecedora de una sanción.

La CNMC no ha conseguido probar en el curso del todo el procedimiento que HORWATH conociera los supuestos objetivos anticompetitivos para los que los concesionarios solicitaban sus servicios de auditoría y, menos aún, que mi representada fuera consciente de la práctica de fijación de precios que éstos, parece, que llevaban a cabo.

Según la demanda, no se puede presumir que una empresa de auditoría sea conocedora, ni deba serlo, del uso que todos y cada uno de sus clientes hacen de las auditorías que llevan a cabo, ni mucho menos, que pueda predecir los efectos anticompetitivos que sus clientes puedan generar en un mercado -el de la venta de automóviles- al que la compañía consultora no pertenece y que le resulta del todo ajeno.

4.- Sobre la inexistencia de pruebas de cargo que desvirtúen el derecho a la presunción de inocencia que asiste a la recurrente.

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores expositivos, se llega a la conclusión de que la CNMC no contaba con base probatoria suficiente para sancionar a HORWATH en la Resolución dictada el 28 de mayo de 2015 y que no contaba ni con pruebas suficientes y, ni siquiera, con indicios que así lo justificaran.

5.- Sobre la improcedencia de la sanción impuesta por el origen ilícito de las pruebas.

Basa este argumento la parte recurrente en que la CNMC incurrió en vulneraciones de derechos fundamentales no solo al ordenar las inspecciones, sino que incurrió en otras nuevas cuando procedió a su realización.

a) Infracción de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones mediante las órdenes de investigación de 28 de mayo de 2013.

La jurisprudencia constitucional exige que la resolución administrativa por la que se acuerde llevar a cabo una inspección preliminar se motive suficientemente, atendiendo a los indicios de los que se dispone, que deberán ponderarse de forma expresa con la posible afectación de los derechos fundamentales de las inspeccionadas.

b) Vulneración al derecho a la defensa por falta de motivación.

La falta de motivación de las órdenes de investigación no constituyen únicamente una vulneración de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones de ANT y MCONDE, ya denunciadas, también resulta una grave lesión del derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 CE y que asistía a ambas compañías en el procedimiento sancionador.

c) Vulneración autónoma del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el curso de la inspección.

En primer lugar, se vulneró el derecho a la defensa de MCONDE al no informarle de su derecho a oponerse a la inspección sin incurrir en obstrucción a la actividad investigadora. (STC 54/2015)

d) Otros excesos en el curso de las inspecciones: vulneraciones autónomas del derecho a la defensa y al secreto de las comunicaciones de las inspeccionadas.

- Se accedieron a mensajes de texto y aplicaciones de mensajería instantánea del teléfono que las Órdenes de investigación no amparaban.

- Se solicitó el acceso a cuentas de correo electrónico de naturaleza personal diferentes a las de la empresa.

- Se produjo un ejercicio abusivo de sus facultades inspectoras al imponer a los representantes de ANT para llevar a cabo un precinto que no había sido autorizado ni en la Orden de Investigación de 28 de mayo de 2013 ni en el Auto del Juzgado de Elche de 3 de junio de 2013

6.- Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad.

a) Incorrecta acotación temporal de los servicios de auditoría prestados por HORWATH.

b) Incorrecta aplicación de los criterios para determinación de las sanciones y vulneración del principio de proporcionalidad.

La determinación de la sanción que ha efectuado la CNMC no ha tenido en consideración los criterios de determinación de sanciones contenidos en la LDC. En tal sentido, se ha vulnerado el principio de proporcionalidad al que se encuentra sometida la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora.

TERCERO.- RESUMEN DE LOS HECHOS QUE RESULTAN DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Antes de resolver sobre el fondo de la cuestión que se plantea por la parte ahora recurrente, es necesario hacer un resumen de los hechos que resultan del examen del expediente administrativo:

- Por resolución emitida por la Dirección de Investigación, Subdirección de Cáteles y Clemencia, de la CNMV de fecha 30 de Abril de 2013, se acuerda iniciar diligencias previas relacionadas con unas posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor.
- Mediante resolución de fecha 29 de Agosto de 2013 se dictó por la Comisión Nacional de la Competencia Acuerdo de Incoación posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español.
- Dicha resolución se basó en la tramitación previa de una información reservada con el número NUM000 , con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador así como la realización de inspecciones en las sedes de asociaciones de concesionarios de las marcas Volkswagen, Audi y Skoda (ACEVAS) y SEAT (ANCOSAT), así como en la Federación de Asociaciones de Concesionarios de la Automoción (FACONAUTO), en los concesionarios M. CONDE, CARHAUS y SAFAMOTOR y en la empresa de Mystery Shopping El Cliente Indiscreto (nombre comercial de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L.).
- El Pliego de Concreción de Hechos es de fecha 3 de Octubre de 2014 y se encuentra incorporado al expediente a partir del folio 23.569.
- Tras el tramite alegaciones, que transcurrió en la forma que obra en el expediente, se dictó la propuesta de resolución de fecha 29 de Diciembre de 2014 (folios 39.714 y ss del expediente), del que también se dio traslado a las empresas afectadas en la forma que consta en el expediente administrativo.
- La Sala de Competencia, con fecha 5 de Febrero de 2015, dictó Acuerdo de ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento por tres meses más, resultando que la fecha de caducidad era el día 28 de Mayo de 2015.
- Antes de que concluyera ese plazo, con fecha 16 de Abril de 2015, se dictó un nuevo Acuerdo de Requerimiento de Información a determinadas empresas con el fin de que aportasen información relativa a su volumen de negocios total en el año 2014 y determinada información que se detalla en dicha resolución que obra al folio 49.501 del expediente administrativo.
- Finalmente, la resolución sancionadora frente a la que ahora se recurre es de fecha 28 de Mayo de 2015.

CUARTO.- HECHOS ACREDITADOS POR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

La resolución recurrida dedica el apartado III que rubrica como HECHOS ACREDITADOS a analizar la información que obra en el expediente de donde deduce que los concesionarios incoados, tanto propios del fabricante como de las marcas afectadas (AUDI, VW y SEAT) como independientes, pactaron precios y condiciones de venta de vehículos adoptándose e implementándose tales acuerdos en hasta siete zonas diferenciadas territorialmente.

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

Dichos acuerdos entiende que se constatan mediante determinados correos electrónicos

También entiende que los concesionarios establecieron un sistema de monitorización o seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT. La actividad principal de ANT consiste en evaluar la atención al cliente de las empresas que contratan sus servicios, bajo la marca "El Cliente Indiscreto", normalmente a través de estudios de calidad en los que figura solamente la información referente al concesionario que concierne y a disposición únicamente del concesionario evaluado.

Al margen de estas evaluaciones de atención al cliente, ANT prestaba también otros servicios a los concesionarios, que denomina "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas, cuya finalidad era, tal y como expresamente especifica ANT en sus presentaciones, "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido (esto lo acredita con los documentos de presentación de El Cliente indiscreto).

Los concesionarios contrataron los servicios de ANT con el objetivo de que los informes elaborados por ésta sirvieran para monitorizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados. Así, junto con los resultados individuales de cada concesionario, ANT enviaba mensualmente a los concesionarios un correo electrónico con asunto "Incidencias y Tabla resumen" o similar, adjuntando el estudio que ANT titula "tabla de resultados" (por ejemplo, la que obra al folio 19023 del expediente), que resume el resultado de las visitas realizadas en el mes, el total de concesionarios visitados y número de visitas. Dicho estudio incorporaba un cuadro resumen de las ofertas de cada concesionario por modelo de coche (por lo general, dos modelos de cada marca) desglosado por condiciones comerciales del acuerdo (precio de mercado, oferta, regalos, tasación, financiación, cuota correcta), resaltando las "incidencias", esto es, los incumplimientos o desviaciones de los acuerdos.

La intervención de HORWATH en el funcionamiento del Cartel lo justifica la resolución recurrida en la forma a la que nos referimos en el F.J Noveno de esta Sentencia.

La existencia de los Acuerdos, se acredita, según la resolución impugnada (folio 56):

- (i) "Protocolos de revisión" que contienen los acuerdos de precios mensuales entre los concesionarios de la Zona Madrid, desde marzo 2008 hasta marzo de 2013 para VW y mayo de 2013 para AUDI.
- (ii) Estudios de ANT de seguimiento del cumplimiento de dichos acuerdos desde abril de 2008 hasta mayo de 2013.
- (iii) Cuadros de ANT con los incumplimientos detectados desde febrero de 2008 y la existencia de un sistema de multas desde, al menos, 201039.
- (iv) Facturas emitidas por ANT a los concesionarios de este cártel por el seguimiento realizado, desde abril de 2008 a abril de 201340, así como las facturas de las multas impuestas bajo el concepto de "estudios extraordinarios", desde marzo de 2008 a mayo de 201341.

También consta, según afirma la resolución recurrida a partir del folio 60, se pactó la imposición de determinadas multas en el caso de incumplimiento por los concesionarios de las obligaciones asumidas; Las incidencias detectadas comunicadas por ANT eran discutidas en las reuniones del cártel, posibilitando que el concesionario en cuestión pudiera aclararlas, teniendo en cuenta que desde al menos 2010 estas incidencias daban lugar, como se ha anticipado, a la imposición de multas: la primera infracción detectada que supusiera la aplicación de un precio inferior al margen acordado en más de 50 € daba lugar a una multa de 500 €, la segunda una multa de 1.000 € y la tercera a una multa de 1.500 €. Las multas se recaudaban por ANT, facturándose con la denominación estudio o servicio extraordinario y su importe se utilizaba para pagar los servicios de ANT.

QUINTO.- SOBRE DIVERSAS IRREGULARIDADES ACAECIDAS DURANTE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LA FORMA DE REALIZAR LAS ACTAS DE INSPECCIÓN.

La jurisprudencia más reciente sobre esta cuestión procede de la STS dictada en el recurso 1062/2017 (sentencia de fecha 31 de Octubre de 2017) donde se ha afirmado, tras la cita de la jurisprudencia anterior que: *"Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia que ya hemos relacionado en el precedente fundamento jurídico, expuesta en la STS de 16 de enero de 2015 (RC 5447/2011). En síntesis, en aquella ocasión, que trataba también de una fase preliminar de la investigación (una investigación reservada) desencadenada por informaciones previas de la posibilidad de que se hubieran cometido tales prácticas, consideramos que era relevante el tipo de procedimiento en el seno del cual se insertaba la solicitud de autorización, y la limitación en la información de la que disponía la CNC. Finalmente validamos la orden de investigación en cuanto concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma.*

Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta

como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción.

No obstante, no cabe acoger la tesis de la Administración recurrente en lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, sobre las limitaciones en el tratamiento y suministro de la información obtenida con arreglo al artículo 65 LDC, remitiéndonos nuevamente a nuestra jurisprudencia (STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012).

Si bien es cierto que la confidencialidad marca las actuaciones y la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia -dada la dificultad de descubrir e investigar cárteles secretos- y que tanto la legislación comunitaria como la nacional contemplan una limitación al acceso a la información de las empresas confidentes así obtenida, también es cierto que esa limitación en dicho acceso no puede operar en la forma pretendida frente al órgano jurisdiccional encargado del control de las solicitudes de autorización.

Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijimos en la STS de 27 de febrero de 2015, que se cumplan en estos supuestos las exigencias legales contempladas en los preceptos y de la jurisprudencia antes reseñada, de la que se desprende -reiteramos- que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, entre las que se encuentran los datos concretos que justifican la entrada en el domicilio social, no bastando, como hemos subrayado, la simple remisión genérica a una denuncia o a una información "reservada", por ser imprescindible la aportación de información suficiente al órgano judicial que permita fundar su convicción de la procedencia de la entrada, aun cuando el suministro de los elementos de información se haga en forma que preserve su carácter confidencial".

La parte recurrente entiende que en el Acta levantada se excedieron las facultades que se habían concedido por la Orden de investigación y los autos dictados por los Juzgados (cuando aquello fue necesario) e insiste en la insuficiencia de la motivación de la Orden de Investigación.

En las Ordenes de investigación que se dictaron con ocasión de las empresas en relación a las que se levantó Acta, hay que reproducir la motivación específica que se reproduce en todas ellas: "La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible".

A juicio de esta Sala esta justificación es suficiente y no era exigible pretender mayor precisión, en el momento en el que se dictó la Orden de Investigación, sobre los detalles de la investigación que estaba en ciernes. Es cierto que esta Sala se ha pronunciado en sentencias recientes sobre otras Ordenes de Investigación (Recursos 370/2015 o 404/2016) y a ellas debemos remitirnos en este momento (y a la jurisprudencia que se cita), pero la valoración individualizada de cada Orden de Investigación permite concluir en este caso con la suficiencia de la que se dictó en el caso presente.

Sobre la debida instrucción en relación al derecho de las empresas a ser asistido por Letrado, en las actas aparece siempre el siguiente párrafo: "A continuación, recuerdan al representante de la empresa la posibilidad de ser asistidos en cualquier momento por letrado, ya sea interno o externo, de forma directa (es decir, contando con su presencia) o a través de teléfono, aunque la presencia de un abogado no es una condición para la realización de la inspección".

Sobre esta cuestión debemos referirnos, tal como hemos hecho en anteriores sentencias (recurso de esta Sala y Sección 370/2015) a la STC 54//2015 de 16 de marzo dictada en un recurso de amparo y que dio lugar a la estimación del amparo por una indebida instrucción de derechos y no haber informado del derecho a oponerse a la inspección llevada a efecto.

Por lo tanto, debemos concluir que el representante de la empresa, prestó su consentimiento a la realización de la inspección con pleno conocimiento de sus derechos, y ello a la vista de lo que se hizo constar en el Acta.

En el Acta levantada a la empresa MConde y la necesidad (que no es cierta) de contar con Auto judicial que autorice la entrada y registro, es necesario referirse a lo que obra en los apartados 13 y 14 del Acta (folios 6837 y ss del expediente) cuando se afirma lo siguiente: "Mientras el equipo inspector aguarda que el Sr. Segismundo pueda contactar con su abogado, el inspector Sr. Sergio explica más detenidamente el objeto de la inspección a la empresa. Finalmente, a las 9:48 el Sr. Segismundo logra hablar con su abogado, el Sr. Teodosio, hablando posteriormente el propio jefe del equipo inspector con él, con el fin de aclararle el objeto de la inspección, las facultades del equipo inspector y las consecuencias de la negativa a la realización de la inspección por parte de la empresa.

(14) Tras esta conversación con su abogado, a las 9:55 horas, el Sr. Segismundo procede a firmar el recibí de la Orden de Investigación y autorización por parte de la empresa a la práctica de la inspección. Por último, el Sr. Segismundo comunica a su abogado que de momento no precisa que se persone en la empresa.

En relación al supuesto *exceso por haber precintado* una parte de las dependencias de alguna empresa en el curso de la inspección, basta con remitirse a la Orden de Investigación para comprobar cuáles eran las facultades con las que contaba la Inspección y, obviamente, en este caso no se han superado por lo que, también, este argumento debe ser rechazado:

a) Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial, así como al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial.

b) Verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.

c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

d) Retener estos libros y otros documentos por un plazo máximo de 10 días.

e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección, previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial.

f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

En este sentido, la investigación a realizar podrá abarcar, entre otras actuaciones:

- La inspección del registro de comunicaciones internas.
- La inspección del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial.
- La inspección de las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa.
- La inspección de los archivos físicos e informáticos.
- La inspección de ordenadores personales.
- La inspección del Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos.
- La inspección de los documentos contractuales.

SEXTO.- SOBRE LA AFECTACIÓN A LA RECURRENTE DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE OTROS SANCIONADOS.

En relación a la afirmación de que se ha producido una incorrecta realización del acta de inspección en la empresa MConde y que ha afectado a los derechos reconocidos por el recurrente, hay que comenzar afirmando que no se puede decir que se han afectado los derechos de la recurrente si no se acredita cuáles han sido los efectos que se han ocasionado, de modo directo, a la recurrente, consecuencia de la incorrecta o indebida realización del acta de inspección o de la insuficiente motivación de la Orden de Investigación que le precedió.

No es posible la alegación de las violaciones de derechos fundamentales en relación a terceras empresas sin acreditar el efecto directo que tal violación haya podido tener sobre el recurrente que lo alega.

El Tribunal Supremo (véase la sentencia correspondiente al recurso 274/2002) ha reconocido como no es posible alegar, con carácter general, la infracción de derechos fundamentales respecto de otra persona sin justificar una legitimación específica: *"Pero el interés que asiste a quien no es el afectado se ve circunscrito, entre otros factores, por los derechos de las personas a quienes se refieren las informaciones o datos objeto de la pretensión de acceso, entre ellos el que descansa en el artículo 18.4 de la Constitución . De este modo, se detiene dónde empieza el espacio protegido por el derecho fundamental.*

En este contexto, hay que situar la Sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1995 (recurso 1228/1991) que estableció la interpretación que merece el concepto de interesado utilizado por los artículos 235 y 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . El acuerdo del Pleno del Consejo recoge su doctrina y la mantiene, entre otras, la Sentencia de 6 de abril de 2001 invocada en la demanda. Lo hizo en estos términos: "el interés legítimo que es

exigible en el caso, sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos "prima facie", ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso -y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia-, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos (...)".

Además, la parte recurrente no ha acreditado, no ha afirmado siquiera, que los resultados obtenidos en las Actas de inspección (sobre todo en la de MConde) hayan servido para su imputación ni que la documentación aprehendida en aquella inspección se haya utilizado para fundamentar los hechos que la resolución toma como base para considerar sancionable la conducta de la empresa ahora recurrente.

La alegación genérica de una supuesta violación de derechos fundamentales de un tercero, ahora no recurrente, no puede sustentar una sentencia estimatoria como la pretendida por la parte recurrente. Otra cosa sería que, por aplicación de lo previsto en el artículo 72.2 de la LRJCA , se pretendiera extender el efecto anulatorio de una sentencia previa estimatoria de la violación de un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación 6980/2010) o que la parte recurrente ostentara la representación y defensa de los intereses de otras personas (Sentencia dictada en el recurso de casación 135/1999 donde se plantea la reclamación efectuada por un sindicato en defensa de los intereses de sus afiliados).

SÉPTIMO. - SOBRE LA FALTA DEL ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD EN LA INFRACCIÓN IMPUTADA A LA RECURRENTE.

La parte recurrente alega que no concurre el elemento de la culpabilidad para justificar la procedencia de la estimación de la demanda.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios del orden penal, entre los que se encuentra el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 , 150/1991), y que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia (SSTC 76/1990 y 164/2005).

El principio de culpabilidad, garantizado por el artículo 25 de la Constitución , limita el ejercicio del ius puniendi del Estado y exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio , que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STS de 1 de marzo de 2012, Rec. 1298/2009).

Ciertamente, el principio de culpabilidad, previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Obviamente, ello supone que dicha responsabilidad sólo puede ser exigida a título de dolo o culpa, quedando desterrada del ámbito del derecho administrativo sancionador la llamada "responsabilidad objetiva", y comprendiendo el título culposo la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable. Esta "simple inobservancia" no puede ser entendida, por tanto, como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las propias exigencias inherentes a un Estado de Derecho, por lo que se requiere la existencia de dolo o culpa (en este sentido STS de 21 de enero de 2011, Rec. 598/2008).

No obstante, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según la STC 246/1991 " (...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma (en este sentido STS de 24 de noviembre de 2011, Rec. 258/2009).

Será procedente, pues, atender al criterio de la exigibilidad de otra conducta diferente para concluir si concurre o no el elemento de la culpabilidad en la conducta de la empresa sancionada.

Procede adelantar en este momento que esta Sala entiende que la conducta imputada a la recurrente es perfectamente encuadrable en el tipo sancionador aplicado por la resolución recurrida y que le era exigible otra conducta diferente puesto que los hechos en los que se basa la imputación (a los que nos referiremos en los FJ siguientes) son hechos que tienen que ver con la voluntaria participación de la recurrente en las actuaciones de un cartel que llevó a efecto determinadas prácticas colusorias.

OCTAVO.- SOBRE LA EXISTENCIA MISMA DEL CARTEL

El artículo 62.4 de la Ley 15/2007 considera infracción grave "a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales".

El mencionado artículo 1 habla en su primer párrafo de que "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

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

De lo expuesto hasta ahora debemos concluir que resulta suficientemente acreditada la existencia de un cartel que tenía por objeto la fijación de precios, descuentos y obsequios en la adquisición de vehículos entre los concesionarios que se mencionan en la resolución ahora recurrida. Será necesario efectuar, posteriormente, un análisis detallado de los elementos probatorios que, en cada concreto supuesto, han servido como base para la imputación de cada empresa sancionada.

La remisión de correos electrónicos, los informes mensuales sobre la actividad de cada concesionario, el pago de los servicios en ANT (y las correspondientes facturas) serán los elementos facticos principales en los que se sustenta la conclusión de la existencia del cartel.

Es especialmente relevante para entender acreditada la existencia del cartel el contenido de la presentación de ANT al que se refiere el apartado III de la resolución (Hechos Probados) cuando explica con todo detalle el modo de funcionamiento del cartel, los servicios que ofrece y la documentación que remitía mensualmente a los concesionarios que contrataban sus servicios y de la que resultan los informes con las informaciones cruzadas entre todos los participantes en cada uno de los carteles que se considera que funcionaron y de los que resulta la monitorización del cumplimiento de los acuerdos previamente conseguidos.

Esto hace que respecto de algún recurrente vaya a ser la recepción de correos electrónicos el elemento probatorio fundamental; sobre esto es necesario tomar en consideración, como ha señalado la doctrina y jurisprudencia, que basta el consentimiento tácito para valorar la participación de una empresa en un cartel, insistiendo los tribunales comunitarios en que la aprobación tácita de una iniciativa ilegal, sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas, alienta la continuación de la infracción, pues la complicidad constituye un modo pasivo de participación en la infracción capaz de hacer a la empresa responsable. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219-00 P, Aalborg y Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2008, T-99/04 , AC-Treuhand AG/Comisión).

Sobre la existencia misma del cartel, esta Sala comparte la conclusión obtenida por la resolución que se impugna en el apartado 4.5 cuando afirma que: *"Si n perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que la DC ha acreditado debidamente durante la instrucción del procedimiento que las conductas llevadas a cabo por las partes, además de constituir una restricción sensible del juego de la competencia, y tener un objeto contrario a la competencia, han causado una afectación restrictiva de la misma.*

Ha quedado acreditado por las múltiples evidencias documentadas en el expediente que el precio final de los vehículos de las marcas AUDI, VW y SEAT a los que afecta el presente expediente se ha determinado por los concesionarios incoados a través de los distintos elementos sobre los que coordinaban su política comercial (descuentos máximos, campañas comerciales a aplicar, tasaciones...). Ello no significa igualdad de precios, sino determinación de que el precio final de los vehículos acordados no fuera inferior a aquél que garantizaba a los concesionarios incoados ciertos márgenes, con aptitud para uniformar los precios de éstos, elemento esencial cuya afectación repercute directamente en la libre competencia. La acreditación de que las empresas incoadas ofertan precios distintos para los mismos modelos, o que se producen "incidencias" (incumplimientos) respecto de los descuentos máximos pactados no pone en duda, en contra de lo alegado por varias de las mismas, la existencia de cártel".

Igualmente se comparte la definición del mercado de producto afectado que se menciona en el apartado 2.a) de la Resolución (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) y ello sin perjuicio de que la evidencia de la sustituibilidad de la demanda (a la hora de adquirir un vehículo nuevo) pudiera tener sus efectos en cuanto a la determinación de la cuota de participación en el mercado, pero lo que no admite discusión es que los acuerdos y las conductas supuestamente colusorias se han producido en el mercado así definido.

En cualquier caso, el debate sobre una concreta definición del mercado como presupuesto para la declaración de una infracción del artículo 1 de la LDC, debe zanjarse de forma contundente con una respuesta negativa (tal como ya dijimos en sentencia de esta Sala y Sección dictada en el recurso 506/2013) y ello pues así lo ha entendido la jurisprudencia de la es muestra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI), de 11 de diciembre de 2003 (asunto T-61/99, Adriática), apartado 27, que recuerda la distinta importancia que tiene la definición del mercado cuando se trata de aplicar el artículo 101 del TFUE o el 102 del mismo texto y que "es preciso definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Lo que, obviamente, no concurre en el caso presente.

NOVENO.- SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN IMPUTABLE A LA RECURRENTE.

La resolución recurrida dedica el apartado 4.6 a la participación de ANT Y HOWARTH (junto a las asociaciones ACEVAS y ANCOSAT) como colaboradores y facilitadores en la conducta que se analiza.

La resolución, en el apartado de respuesta de la Sala de Competencia, comienza realizando determinadas afirmaciones generales: *"La Sala de Competencia considera acreditado que ANT y HORWATH, pese a ser entidades ajenas al mercado afectado, han participado activamente en la infracción, con la colaboración de ANCOSAT y ACEVAS, actuando como controladores del cumplimiento de los acuerdos de los correspondientes cárteles de concesionarios de las marcas Audi, VW y SEAT en siete zonas diferenciadas geográficamente".*

La concreción de la imputación en relación a la ahora recurrente se recoge unos párrafos más abajo cuando se habla de que *"También respecto de HORWATH ha quedado acreditada su elaboración con ANT para ACEVAS de una lista de las ventajas de realizar sus trabajos de seguimiento y auditorías de forma conjunta, señalando expresamente en dicha lista de ventajas que "en el caso de una implantación a nivel nacional se suprimirían las "hostilidades" en descuentos entre distintas zonas (límites en su mayoría)"*

Constan igualmente en el expediente las convocatorias de reuniones del cártel enviadas por M.CONDE a los concesionarios AUDI y VW participantes en el cártel de la Zona Madrid entre mayo de 2009 a junio de 2012, copiando en muchas de ellas a ANT y en algún caso, también a HORWATH, así como intercambios de correos entre HORWATH y los concesionarios afectados relativos a distintos aspectos del servicio de seguimiento de los acuerdos adoptados".

Más adelante, en el apartado Sexto de la resolución que se recurre, se afirma en relación con la ahora recurrente lo siguiente: *"En cuanto a la participación de las empresas ANT y HORWATH, supone un valor añadido para la efectividad de los acuerdos, y, además, un elemento característico de este tipo de conductas que no resulta novedoso para esta Comisión. Ese tipo de mecanismos de control típicos de los cárteles son habituales, siendo los más comunes los consistentes en intercambios de información a través de los sistemas de auditoría o bien utilizando un censor, fiscalizador o coordinador".*

Sobre estas afirmaciones, procede hacer mención a los siguientes **elementos que acreditan la participación de la ahora recurrente** en el cartel:

- Al folio 18735 y ss del expediente aparece un correo electrónico remitido por la empresa de auditoria HORWATH a El Cliente Indiscreto en el que adjunta un documento sobre las ventajas de la implantación de auditorías y visitas a clientes para la revisión del cumplimiento de la política comercial. El ofrecimiento de prácticas que son claramente colusorias en cuanto que se remiten informaciones de otros competidores que son claramente contrarias a la competencia, permite concluir que la recurrente ha intervenido en el cartel. Se trata, sin duda, de prácticas contrarias a las normas de competencia pues se refieren a la adopción de políticas de fijación de precios; y basta leer con detalle la oferta formulada por la recurrente para confirmar esta apreciación.

- Además, aparecen (folios 90, 371 y otros) diversos correos electrónicos en los que se pone en copia a Jose Miguel (de HORWATH). Esos correos son las convocatorias a las reuniones de los concesionarios del cartel por lo que no puede pretender la recurrente que desconocía la existencia de dichas reuniones ni su contenido.

La demanda (folio 24) insiste en que *"HORWATH solo ha asistido a reuniones en las que ha tenido ocasión de ofertar sus servicios de consultoría y auditoría a diferentes compañías del sector automovilístico (folios 8879 a 8881 del Expediente administrativo). Algunas han contratado esos servicios y se les ha cobrado por ello, mientras que otras no. Esas reuniones nada tienen que ver con la fijación de políticas comerciales"*. Efectivamente, en esa documentación solo aparecen (en una carpeta entregada por la empresa SEAT y que se rubrica como "Reunión de Valladolid") una tarjeta de visita del comercial de El Cliente Indiscreto y otra del comercial de la empresa de auditoria ahora recurrente; nada más.

No obstante, esto no permite la estimación de las pretensiones de la demanda, consta que la ahora recurrente conoció los objetivos anticompetitivos del cartel puesto que estaban integrados en la oferta de sus servicios que remitió a los concesionarios integrados en el cartel.

Procede insistir en lo señalado por la resolución recurrida, que hace referencia a la figura del "facilitador" del cartel cuando habla de que *"En cuanto a la participación de las empresas ANT y HORWATH, supone un valor añadido para la efectividad de los acuerdos, y, además, un elemento característico de este tipo de conductas que no resulta novedoso para esta Comisión. Ese tipo de mecanismos de control típicos de los cárteles son habituales, siendo los más comunes los consistentes en intercambios de información a través de los sistemas de auditoria o bien utilizando un censor, fiscalizador o coordinador."*

Resulta ilustrativo que, a diferencia del resto, en los cárteles correspondientes a las zonas de Asturias y Valencia/ Castellón, con menor número de concesionarios miembros del cártel y menor dimensión geográfica relativa, no conste que los concesionarios partícipes contrataran los servicios de ANT, presumiblemente porque la capacidad de monitorización del cumplimiento por los propios interesados sin el auxilio de un fiscalizador externo ad hoc era superior en esos cárteles.

Es indudable, a raíz de cuanto se ha señalado, que el tipo de información aquí intercambiada, particularmente sobre los precios de venta y los descuentos aplicados debe ser considerada información estratégica de las empresas, por lo que su puesta en conocimiento al resto de competidores rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado".

En el caso presente es de aplicación el criterio de la Sentencia del TJUE (asunto Treuhand C194/14) donde se plantea que la cuestión a resolver es *"26.En el presente asunto, debe determinarse si una empresa asesora puede considerarse responsable de la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa"* y sobre esta cuestión se pronuncia más adelante al afirmar que:

" 30. Cuando se trata, como en el caso de autos, de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/ Anic Partecipazioni, C49/92 P, EU:C:1999:356 , apartados 86 y 87, y Aalborg Portland y otros/Comisión, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P y C219/00 P, EU:C:2004:6 , apartado 83).

31. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicitad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin

distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P a C208/02 P y C213/02 P, EU:C:2005:408 , apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada)".

Esta Sala y Sección ha confirmado multitud de resoluciones como la impugnada en el presente recurso en las que se incluía la intervención del "facilitador"; es decir, no se trataba de la intervención de la empresa directamente integrante del cartel sino que se ha sancionado a empresas que tenían otra responsabilidad de intermediación u organización del cartel en cuestión. Así resulta de sentencias como las dictadas en los recursos 202/2011 ; 51/2013 ; 118/2015 ó 144/2015 .

DÉCIMO.- SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA SANCIÓN, EN LA RESOLUCIÓN GENERAL.

La resolución recurrida fija los importes de las sanciones de cada una de las empresas que considera que han participado en el cartel atendiendo a los criterios que recoge en el Fundamento Jurídico Octavo de la resolución que ahora se recurre y en la que parte de la aplicación de los siguientes preceptos de la LDC:

- El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.
- El artículo 63.1 de la LDC atribuye a la CNMC la potestad de sancionar a las empresas y asociaciones de éstas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios.
- El artículo 63.1.c) señala que las infracciones muy graves podrán
 - ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.
 - El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Tras la cita de estos preceptos, la resolución recurrida se refiere a la necesaria aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Enero de 2015 (recurso 2872/2013) que establece los límites para la fijación del importe de las sanciones en relación al concepto de "volumen de negocios" y la aplicación de la llamada "Comunicación".

Sobre esta base, el apartado 8.1 de la resolución sancionadora establece los criterios generales empleados por la resolución para fijar el importe de la sanción correspondiente a cada empresa participante en el cartel:

"Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.

Por otro lado, como también se ha mencionado anteriormente, el Tribunal Supremo ha indicado que dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Ese porcentaje "marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica". Siendo ello así, el 10% debe reservarse como "respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría". En consecuencia, partiendo de los criterios de graduación del art. 64.1 de la LDC y su plasmación en este concreto expediente, será preciso determinar el porcentaje del que, dentro del mínimo y máximo (10%) de la escala sancionadora prevista en la Ley, quepa partir para, posteriormente, individualizar la sanción correspondiente a cada sujeto responsable.

Conviene a este respecto tomar en consideración los factores generales o globales de la conducta, dejando para un posterior análisis y concreción (individualización) los factores específicos referentes a la conducta de cada uno de los infractores, incluidas, en su caso, circunstancias agravantes y atenuantes de carácter individual.

Algunos elementos permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC . En este sentido, la conducta afecta directamente a la formación de los precios por parte de las empresas implicadas, al margen de incorporar también el intercambio de otra información sensible. La conducta, además, se ha desplegado de forma institucionalizada, a través de la colaboración de ANT, HORWATH (en la zona de Madrid para el cártel de las marcas AUDI y VW) y las asociaciones

ACEVAS y ANCOSAT, que han realizado un seguimiento y control continuos del grado de cumplimiento de los acuerdos en todas las zonas (menos en Zonas Asturias y Valencia), lo cual constituye un elemento reproachable adicional en una conducta como la descrita. No obstante, cabe subrayar que solo se acordó un sistema de sanciones por incumplimiento de los acuerdos en las zonas de Audi-VW Madrid y Cataluña.

Otro elemento importante de la conducta se refiere a lo que el artículo 64.1.c) de la LDC alude al mencionar el "alcance de la infracción". Teniendo en cuenta las conductas colusorias analizadas en este expediente, el mercado geográfico se extiende, respecto a las prácticas realizadas en relación con las marcas AUDI y VW, a las CCAA de Andalucía, Asturias, Cantabria, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia, 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.

En relación con la marca SEAT, el mercado geográfico afectado se circunscribe a las CCAA de Castilla-La Mancha y Madrid, también en este caso 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.

En las zonas geográficas relevantes en las que se han agrupado las infracciones (Madrid, Cataluña, Andalucía, Norte, Asturias, Valencia) los concesionarios de la red oficial AUDI-VW que participaron en las prácticas investigadas representan el 100% del mercado de la distribución de vehículos a motor turismos e industriales de dichas marcas en las mencionadas zonas geográficas¹⁷⁶. Igualmente, en la zona geográfica afectada los concesionarios de la red oficial SEAT que participaron en las prácticas representan el 100% del mercado de la distribución de vehículos a motor turismos e industriales de dicha marca en esa zona geográfica.

Interesa subrayar que el mercado relevante para los vehículos afectados por la infracción no se limita a las empresas de la misma marca, sino que incluye también los distribuidores de otras marcas en esas regiones geográficas que ofrecen modelos alternativos, si bien es cierto que los concesionarios de otras marcas también han participado en parecidas conductas anticompetitivas que han sido investigadas y sancionadas en otros expedientes.

Cabe también señalar que el 36% de la red de concesionarios de las marcas VW, Audi y SEAT conjuntamente considerados está afectado por el expediente, atendiendo a los concesionarios incoados.

Por otro lado, el artículo 64.1.d) de la LDC refiere la duración de la conducta. Aunque la duración servirá como parámetro de individualización (ya que no es igual en cada uno de los sujetos declarados responsables), conviene que este factor guíe también la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas, pues la duración general de la conducta revela asimismo en cierta medida su alcance (art. 64.1.c) y efectos (art. 64.1.e). A este respecto se ha acreditado que la conducta ha tenido lugar, con carácter general (sin perjuicio, se insiste, de la concreta modulación que este factor debe recibir en la duración imputada a cada empresa y a las asociaciones) durante un periodo de cerca de 90 meses en algunos casos (así, algunas de las empresas de la Zona Catalunya), entorno a los 60 en otros (Audi-VW Zona Madrid) o cerca de 40 en algunas de las empresas de la Zona Andalucía. Es cierto, sin embargo, que en otros supuestos la duración ha sido particularmente reducida (entre 3-5 meses en Audi-VW Zona Valencia/Castellón y en SEAT Zona Madrid). La duración media de la conducta teniendo en cuenta sus distintas Zonas ha superado los 30 meses.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores aquí expuestos permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto."

Además de estos criterios generales, la resolución toma en consideración dos elementos específicos de cada empresa recurrente:

- El valor del mercado afectado por la conducta que es el valor correspondiente a la distribución de los vehículos correspondientes de cada marca, durante el periodo infractor imputable a cada empresa. En relación a dicho concepto, toma en consideración, también, la cuota de participación de cada empresa en la conducta
- El beneficio ilícito que se calcula sobre la base del 5% determinado sobre el valor de mercado afectado por la conducta de cada empresa y ello sobre la base del siguiente razonamiento: "la estructura del sector de los concesionarios de coches, analizada por la Dirección de Competencia, permite presumir que la conducta desarrollada se traduciría en una ganancia ilícita y en un daño potenciales que en conjunto serán inferiores a los 10 puntos porcentuales sobre las ventas, resultando más prudente fijar dicha estimación de referencia en el intervalo 5- 10%. A pesar de ello, conviene subrayar que, además del mayor beneficio que la falta de incertidumbre y los menores descuentos hayan podido generar en los autores de la conducta, el aumento del beneficio potencial

en ventas se reflejará después en las actividades de posventa derivadas de la venta del vehículo, mercado en el que las propias incoadas admiten tener la mayor parte de su actividad y ganancia (aunque este mercado de posventa queda en todo caso excluido del mercado afectado considerado y reflejado en las tablas)".

La aplicación del criterio del beneficio ilícito y del daño potencial como criterios de proporcionalidad se recogen en el apartado 8.4 de la resolución entendiendo que dicha adaptación se realiza aplicando los porcentajes que se señalan en los cuadros que se incorporan en el apartado 8.5 y ello sobre la base del siguiente razonamiento de adaptación: *"Si la sanción que resulta de aplicar los criterios generales e individuales de valoración de la infracción -de acuerdo con lo indicado en los apartados 8.2 y 8.3 de este FD- es desproporcionada en comparación con el beneficio ilícito y el daño potenciales que se ha estimado de forma aproximada para la infracción (por ejemplo, según los casos, que sea más del doble, del triple o del cuádruplo), procederá realizar un ajuste de la sanción para asegurar la proporcionalidad reclamada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015".*

Sobre la base, y con aplicación, de estos criterios, es el parecer de esta Sala que la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza correctamente cada uno de los criterios que menciona el artículo 64.1 de la LDC y menciona los elementos que toma en consideración:

- Se trata de una conducta especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 LDC .
- Afecta a la formación de los precios por parte de las empresas implicadas y se ha desplegado la conducta de forma institucionalizada con la colaboración de ANT; HORWATH, ACEVAS y ANCOSAT.
- Se ha definido un amplio mercado afectado, distribuido en siete carteles diferentes que afectan a los competidores directos (otros concesionarios de la misma marca) o indirectos (concesionarios de otros vehículos de semejante gama, vehículos alternativos)
- También toma en consideración la duración de la conducta que ha sido muy variable según la zona de cartel que se tome en consideración y que varía desde tres meses a más de 90 meses.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, duración, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global del grado de antijuridicidad de la conducta de cada una de las empresas 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 .

A juicio de esta Sala, no puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la parte inferior del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción, así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Es cierto que el criterio empleado por la resolución recurrida no toma en consideración, de modo expreso, el hecho de una mayor o menor participación en el cartel y que podría darse el caso de que hubiera una empresa con una facturación muy alta y que, sin embargo, hubiera tenido una participación muy liviana en las conductas señaladas. En relación a esta cuestión deben tomarse en consideración los siguientes elementos:

- La aplicación del artículo 64 LDC que directamente remite al criterio de la facturación de la empresa.
- La facturación de una empresa está directamente vinculada con el beneficio obtenido en el cartel en cuestión en el que se sanciona por el hecho de haber logrado unos acuerdos para unificar precios y que, por tanto, arrojará más beneficio para aquellos intervinientes que más vehículos hayan vendido.
- El porcentaje del 5% señalado no es nada descabellado en relación a otros carteles que han sido conocidos por esta Sala
- La resolución recurrida detalla el porcentaje tomado en consideración en cada caso y dicho porcentaje, según los casos llega desde casi el 3% al 0,30%, lo que permite concluir que se ha efectuado una determinación pormenorizada.

En consecuencia, siguiendo el criterio marcado por otras sentencias de esta misma Sala y Sección, como la dictada en el recurso 461/2015) 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 sin que sean

admisibles como términos de comparación para invocar arbitrariedad en su determinación los concretos tipos sancionadores tenidos en cuenta por la CNMC en otros expedientes sancionadores en los que difícilmente puede concurrir identidad de circunstancias como para poder exigir la aplicación del mismo tipo sancionador.

Finalmente, en relación a la cuestión de la indebida motivación de la justificación del importe de la multa, debemos atender a lo que señala el TJUE en la sentencia correspondiente al asunto C-194/14 (ACTreuhand AG) cuando afirma que "En la medida en que ACTreuhand recrimina al Tribunal General haber considerado erróneamente que la Comisión había motivado suficientemente su decisión en lo que respecta a los criterios adoptados para fijar las multas impuestas, ha de señalarse que, 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, C29 5/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)".

DECIMOPRIMERO.- En relación a la ahora recurrente, en el apartado 8.6 de la resolución se afirma lo siguiente: *"Respecto de ANT y HORWATH tratándose de empresas con forma societaria y facturación, su multa debe imponerse sobre la base de un % sobre su facturación total en 2014. Dadas las particularidades de su intervención activa y papel fundamental para la consecución y estabilidad del cártel, se considera adecuada (disuasoria a la par que proporcionada) una sanción del 2% de su volumen de negocios total en 2014"*.

La parte recurrente considera que no es correcta la imposición del mismo porcentaje a ANT que a ella misma y ello pues su participación es muy diferente y de mucho menor intensidad, tal como resulta de la parte dispositiva de la resolución entiende que la resolución afirma que ANT ha participado en los carteles de Madrid, Valencia, Norte, Cataluña, Asturias y Andalucía y hasta el año 2013 mientras que la recurrente solo participó (aunque niega dicha participación) en Madrid y hasta el año 2012; además, entiende que de la resolución se desprende que ANT fue la empresa que diseñó el sistema de pacto de descuentos máximos y autora intelectual de los hechos configuradores de la infracción mientras que tal cosa no se puede imputar a la ahora recurrente.

Por estas razones, la empresa ahora recurrente entiende que se ha producido una infracción del principio de proporcionalidad a la hora de fijar el importe de la sanción.

Estos argumentos no pueden merecer favorable acogida puesto que el diferente importe de la sanción entre una empresa y otra procede de su muy diferente volumen de negocios no del hecho de que se haya valorado de modo diverso su participación e intervención en las conductas que dieron lugar al funcionamiento del cartel, resultando, además, que la participación de ANT y de la recurrente resultaron necesarias para la producción del efecto finalmente producido y por el que se sanciona a ambas.

Es evidente que la recurrente no ha obtenido un beneficio ilícito en el mercado del automóvil (puesto que su mercado no es el automóvil sino la auditoría); pero sí que ha obtenido un beneficio comercial mediante la implantación del servicio que promocionaba entre los concesionarios que contrataron sus servicios. Por esta razón, y porque participaba en el cartel intentando la implantación del servicio, no puede entenderse que su participación en el cartel se refiera solo al periodo en el que aparecen facturas.

Esta Sala entiende que la imposición de la sanción se acomoda a los criterios marcados en el artículo 64 de la LDC por lo que no es posible, tampoco en este punto, la estimación de la demanda.

DECIMOSEGUNDO.- IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales MONICA CALERO PEREZ, en nombre y en representación de **HORWATH AUDITORES ESPAÑA S.L.P** contra la Resolución del CONSEJO NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 28 de Mayo de 2015 resolución dictada en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra diversas empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- se levantó el 5 de mayo de 2015, lo que determinó que el plazo máximo de duración del procedimiento se prolongara hasta el 12 de junio de 2019.
2. La ampliación en este caso se justificó por el carácter necesario para la resolución del expediente de contar con la cifra correspondiente al volumen total de negocio de las empresas que podían ser sancionadas en relación con el ejercicio de 2014.
- También requirió a "aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, las cifras relativas al volumen de negocios en España correspondientes al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca Audi, Volkswagen y Seat, según sea el caso, y de los años correspondientes al periodo infractor, incluyendo en dicha información los datos relativos a los tres canales de venta, esto es, particulares, flotas de empresas y empresas de renting".
3. No me cabe duda de que la incorporación de dichos documentos al expediente es necesaria, pues el artículo 63 de la LDC establece que la multa se impondrá sobre la base de dichas magnitudes, por lo que esa no es la cuestión objeto de debate.
4. La mayoría sostiene, en esencia, que, tratándose de la petición de una documentación necesaria para resolver el expediente, está justificada la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 37.1 a) de la LDC que no distingue a los efectos de la suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria.
5. Recuerda la sentencia que el solapamiento de las fechas, dado que el expediente llega a la Sala de Competencia el 30 de diciembre de 2014 y necesariamente debería dictarse la resolución en 2015, le obliga a solicitar la información en cuestión, de la que ya disponía, pero referida al ejercicio de 2013.
6. Destaca también la sentencia que el propio artículo 37 de la LDC contempla tres supuestos de suspensión que califica de esta manera: ordinaria (párrafo 1), basada en circunstancias especiales (párrafo segundo) y por motivos excepcionales (párrafo cuarto) y que el supuesto enjuiciado se encuadraría en la primera.
7. Mi divergencia esencial con la mayoría se centra pues, en la interpretación y aplicación a las circunstancias del caso, del artículo 37.1 a) de la LDC, que establece que: "El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender mediante resolución motivada en los siguientes casos: a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios".
8. Contrariamente a lo que se indica en la sentencia, estimo que la LDC distingue perfectamente entre la tramitación ordinaria del procedimiento sancionador para lo que otorga un plazo total de 18 meses según el artículo 36.1 de la LDC y la tramitación extraordinaria para la que establece la posibilidad de ampliación del plazo de resolución, derogando de esta forma la regla general de resolución en 18 meses.
9. Todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, entre las que se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno.
10. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo justificarse la razón.
11. En ese sentido, es constante y uniforme la jurisprudencia que destaca el carácter preclusivo de los plazos de tramitación y que conciben el instrumento de la caducidad del procedimiento como una garantía irrenunciable del administrado.
12. La STS de 18 de enero de 2016 recurso de casación nº 2953/2013 que reitera doctrina anterior, es expresiva al respecto señalando en su FJ 3 que "tratándose de procedimientos sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, la caducidad se produce cuando la Administración sobrepasa el plazo máximo para resolver legalmente establecido para cada procedimiento (artículo 44.2 de la Ley 30/1992), que en el caso del procedimiento sancionador en el ámbito del derecho de la competencia es de un año (artículo 56 de la Ley 16/1989 antes citado).
13. La mención al plazo de un año hecha en la sentencia de 18 de enero de 2016, debe entenderse hecha en la actualidad al vigente artículo 36.1 de la LDC que fija el plazo en 18 meses.
14. Por otra parte, los supuestos contemplados en el artículo 37 LDC tienen el rasgo común de constituir una derogación a la regla general que impone el respeto del plazo ordinario de 18 meses, teniendo cada una de las tres situaciones que contempla una naturaleza diferente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.



Fdo

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

En Madrid a 10/04/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ