Roj: **SAN 1351/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1351**

Id Cendoj: **28079230062019100117**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **26/03/2019**
Nº de Recurso: **524/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000524 / 2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **04699/2015**

Demandante: **SEALCO S.A.**

Procurador: **DÑA. ISABEL CAMPILLO GARCIA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: **SEAT Y HORWATH**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA**

S E N T E N C I A Nº:

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. 524/2015, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. ISABEL CAMPILLO GARCIA, en nombre y en representación de **SEALCO S.A.,** contra Resolución del CONSEJO NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 28 de Mayo de 2015 resolución dictada en el expediente S/0471/13 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.

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 "que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; tenga por formulada en tiempo y forma demanda contra la resolución administrativa que es objeto del presente recurso. Y en mérito a lo expuesto, y tras los trámites procesales pertinentes, incluyendo el recibimiento del procedimiento a prueba, dicte sentencia mediante la que se declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y decrete su íntegra anulación; subsidiariamente, se solicita la reducción de la sanción, o bien se ordene a la CNMC que practique la reducción de la misma, teniendo en cuenta los criterios para dicha reducción que han sido expuestos a lo largo del presente escrito, incluyendo su limitación al importe de beneficio de la actividad investigada. Todo ello con condena en costas a la demandada".

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

TERCERO. - No habiéndose recibido el pleito a prueba, y tras el trámite de conclusiones evacuado por la parte recurrente y las partes demandada y codemandada se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 6 de Febrero, 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 S/0471/13 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:

91. SEALCO, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca SEAT de la Zona Madrid desde enero hasta junio de 2013.

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

83. SEALCO, S.A.: 357.854 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

Lo s **razonamientos jurídicos** de la resolución ahora impugnada, hablan de que

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.

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.

En cuanto a la FUNDAMENTACIÓN JURIDICA de la resolución (folio 119 de la resolución) se afirma en el FJ Sexto 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 163. 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. (...)

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 auditoria o bien utilizando un censor, fiscalizador o coordinador.

SEGUNDO.- RESUMEN DE LA DEMANDA

La parte recurrente fundamenta su demanda en los siguientes argumentos que pasamos a resumir:

Entiende que los hechos que se han imputado a la recurrente no han quedado acreditados y que la descripción que se hace en la resolución sobre los mercados afectado y relevante y, más en particular, sobre la formación de precio según los contratos de distribución de las redes oficiales de las marcas VOLKSWAGEN y AUDI, son completamente equivocados.

El solicitante de clemencia (no denunciante, sino solicitante de clemencia), que teóricamente debería ser un competidor que mantiene con respecto a los denunciados una posición de carácter horizontal, resulta que mantiene con los investigados, y ahora sancionados, una relación vertical basada en un contrato de distribución selectiva amparado en la legislación comunitaria promulgada en materia de Derecho de la Competencia. Dicho contrato, además, reserva al proveedor una posición privilegiada y de dominio económico y jurídico que nunca dejó de ejercer; tampoco en la época de los hechos investigados.

Sobre esta base, entiende que es injustificable que no se hayan investigado los contratos de distribución de los concesionarios y que la falta de análisis de dichos contratos es una carencia esencial porque los contratos determinan las conductas de los implicados en el expediente, pero también porque al no existir ley específica del contrato de distribución, son los contratos firmados por cada concesionario, así como las directrices que tales contratos reservan a la parte concedente, la fuente normativa que determina el marco jurídico en que se desarrollan los hechos. Afirma que los concesionarios carecen de libertad práctica y contractual para fijar los precios de los vehículos.

Concluye este apartado afirmando en la demanda que la recurrente pertenece a una red oficial sujeta al cumplimiento de un sinfín de obligaciones contractuales. La sumisión jurídica y económica de cualquier miembro de la red al proveedor o fabricante limita por completo la libertad en muchos aspectos, y uno de ellos es la fijación del precio de venta al público, como se verá en los posteriores apartados.

También considera razón para justificar que no se ha producido la conducta que se le imputa que, aunque se constituya una sociedad específica para desarrollar un punto de venta propio del fabricante, y aunque cumpla la formalidad de firmar un contrato de concesión como si aparentemente fuera un concesionario más, en el contrato de concesión suscrito con su red independiente, la parte concedente deja muy claro que esos concesionarios propios son el desarrollo de una iniciativa suya como proveedor o concedente.

Por esta razón entiende que no puede concebirse un cártel ni un intercambio de información comercialmente sensible entre concesionarios independientes, pero miembros de una misma red, y su propio proveedor, con el que tienen suscrito un contrato de distribución de carácter vertical, amparado por un Reglamento de exención por categorías de ámbito continental europeo.

A continuación, en el escrito de demanda, se dedican varios folios a explicar el sistema de formación de precio de vehículos nuevos en el sistema de distribución de Volkswagen Audi España (se refiere para ello al contrato de concesión en su artículo 13 y su Anexo 8 y a las Directrices del Sistema de Margen y Bonificación y al Sistema de Campañas que siempre organiza la marca) y sobre la base de dicha explicación llega a las siguientes conclusiones que tienen relación con el hecho, en el que insiste la parte recurrente, de que no tiene libertad para fijar el precio de los vehículos y que es la marca concedente (y no el concesionario), el que establece unos parámetros muy rígidos para la fijación del mismo:

Las previsiones del contrato otorgan al proveedor la facultad de decidir todos los aspectos y condiciones que influyen en la determinación de los precios de compra y venta final de vehículos nuevos.

El contrato también reserva al proveedor la facultad de determinar el resto de variables de naturaleza económica de la actividad de distribución: inversiones, gastos e ingresos. El proveedor utiliza de hecho esas facultades.

La aplicación práctica de las prerrogativas contractuales ha significado un control activo y en tiempo real del establecimiento de los precios de compra de cada concesionario (mediante la fijación de las variables, descuentos, incentivos, etc. y muy especialmente en la fijación sistemática de un precio de compra des posicionado en el mercado) y de los precios de venta al público mediante el establecimiento de un complejo sistema de campañas de marca y de financiera.

La recurrente, como miembro de una red oficial, ha carecido de libertad para establecer los precios de venta el público, por lo que los hechos que se deducen del expediente ni han podido tener una finalidad prohibida por las normas sobre competencia, ni han podido producir ningún efecto en el mercado.

Estas conclusiones entienden que se reafirman por el Informe Pericial elaborado por MSI y que se incorporó al expediente a instancias de FACONAUTO y donde también se concluye con la poca libertad del concesionario a la hora de fijar el precio del vehículo nuevo. Entiende que deben asumirse las conclusiones de dicho informe que se concretan en los siguientes tres puntos:

"6. Los Concesionarios tienen poca libertad para fijar el precio final de venta al público y no cuentan con un precio mayorista. Para la fijación del precio de venta de los productos no pueden sustraerse a las instrucciones de su proveedor que se contienen en el contrato de distribución y la normativa de ventas. Este contrato, que está amparado por los reglamentos de exención por categorías de la Comisión Europea, obliga al Concesionario a participar en la publicidad del proveedor y en las campañas y promociones para reposicionar el precio de los automóviles, sin las cuales los automóviles no podrían venderse en el mercado español.

7. Las campañas de incentivos son conocidas por los clientes, bien a través de los medios de comunicación y de la publicidad, bien a través de los Concesionarios visitados previamente para decidir su compra, por lo que al Concesionario solo le queda la posibilidad de elegir el conjunto compatible de campañas que más beneficia al comprador, esperando con ello que el comprador se decida a comprarle el coche.

8. La Marca es la que define las reglas del juego, en cuanto a política de precios y promociones, y el Cliente utiliza estas reglas de la manera que más le conviene, de forma que el Concesionario es un mero gestor de mercado que se limita a cumplir las reglas de la Marca para optimizar el beneficio del Cliente."

Por lo que se refiere a la existencia de reuniones con los concesionarios, la demanda insiste en que dichas reuniones se producían a instancias de SEAT, que fue la promotora del cartel y la denunciante posterior y que era la marca la que señalaba los precios de venta y que los concesionarios debían limitarse a los descuentos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

señalados por la marca puesto que, en caso contrario, no le quedaba más opción que vender por debajo de coste.

En la fundamentación jurídica de la demanda se formulan dos motivos básicos de oposición

- Vulneración del principio de presunción de inocencia en materia de Derecho Administrativo sancionador. Lo que se relaciona con la presunción de la existencia de acuerdos colusorios y la presunción de intercambio de información.

- Vulneración del principio de tipicidad: inexistencia de hechos que puedan ser calificados como infracciones del art. 1 de la LDC . Insiste en este punto en que no puede existir un cartel entre concesionarios de una misma marca y la propia marca ya que todos ellos forman parte de una misma red oficial.

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 Cárteles 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 S/0471/13, 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 Mistery Shopping El Cliente Indiscreto (nombre comercial de la empresa ANT SERVICALIDAD, 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 el 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 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, 2010.

(iv) Facturas emitidas por ANT a los concesionarios de este cártel por el seguimiento realizado, desde abril de 2008 a abril de 2013, así como las facturas de las multas impuestas bajo el concepto de "estudios extraordinarios", desde marzo de 2008 a mayo de 2013.

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 LA SUPUESTA FIJACIÓN DE PRECIOS POR LA MARCA.

Insiste la parte recurrente en que de los contratos de concesión suscritos con la marca suministradora de los vehículos, debe concluirse que los precios los fija la propia marca y que los concesionarios son puntos de venta del proveedor y que forman parte de su organización y de su estrategia particular de grupo y que, por esta razón, no puede entenderse que la fijación del precio sea libre por el concesionario.

Se insiste en este punto que el precio de venta se fija por la marca y que el margen fijo también lo controla la marca con la finalidad de cubrir el cumplimiento del estándar exigido por el contrato de concesión. También entiende que el margen adicional y la bonificación en función del rendimiento son parámetros que controla la marca y que están sujetos a la disciplina del proveedor.

Para resolver sobre este argumento deberemos referirnos a la documentación aportada por el recurrente en el expediente (sobre todo el contrato de concesión) pero debemos adelantar que también merece respuesta desestimatoria por los siguientes argumentos que pasamos a enumerar:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El artículo 13 del Contrato de Concesión (folio 27753 y ss del expediente) es claro a la hora de explicar el sistema de fijación de precios: 1.- El proveedor venderá los productos al concesionario a los precios vigentes en la fecha de factura. El proveedor emitirá recomendaciones no vinculantes sobre los precios finales de venta.

El proveedor se reserva el derecho a fijar precios máximos de venta para los productos sin que el concesionario pueda rebasarlos en la reventa.

2. El margen comercial y la bonificación de cada producto se obtendrán de conformidad con lo establecido en el Anexo 8.

Efectivamente, el Anexo 8, bajo el concepto de "Margen y bonificación" habla de que

"El sistema de margen y bonificación consta de tres partes:

a) un margen fijo

b) un margen voluntario

c) una bonificación en función del rendimiento

Con respecto a a): El margen fijo representa el equivalente del cumplimiento del estándar exigido en el contrato de concesión y se clasificará en función del modelo.

Con respecto a b): El margen voluntario representa el equivalente de la realización de aspectos cualitativos *efectuados de forma voluntaria por el concesionario* .

Con respecto a c): La bonificación en función del rendimiento consta de una parte absoluta, de una relativa y de otra de satisfacción de cliente.

El recurrente concluye en su demanda que, según el contrato todo queda sometido a la decisión del concedente y solicitante de exención y que los concesionarios actúan del mismo modo que agentes de ventas, por lo que no puede considerárseles como autores de ninguna práctica anticompetitiva como las que se analizan en el expediente, es decir, de las prohibidas en el art. 1 de la LDC .

La parte recurrente se remite a las conclusiones del Informe Pericial obrante en el expediente y que hablan de que: *"6. Los Concesionarios tienen poca libertad para fijar el precio final de venta al público y no cuentan con un precio mayorista. Para la fijación del precio de venta de los productos no pueden sustraerse a las instrucciones de su proveedor que se contienen en el contrato de distribución y la normativa de ventas. Este contrato, que está amparado por los reglamentos de exención por categorías de la Comisión Europea, obliga al Concesionario a participar en la publicidad del proveedor y en las campañas y promociones para reposicionar el precio de los automóviles, sin las cuales los automóviles no podrían venderse en el mercado español.*

7. Las campañas de incentivos son conocidas por los clientes, bien a través de los medios de comunicación y de la publicidad, bien a través de los Concesionarios visitados previamente para decidir su compra, por lo que al Concesionario solo le queda la posibilidad de elegir el conjunto compatible de campañas que más beneficia al comprador, esperando con ello que el comprador se decida a comprarle el coche.

8. La Marca es la que define las reglas del juego, en cuanto a política de precios y promociones, y el Cliente utiliza estas reglas de la manera que más le c onviene, de forma que el Concesionario es un mero gestor de mercado que se limita a cumplir las reglas de la Marca para optimizar el beneficio del Cliente."

No pueden aceptarse estos argumentos, y más parece que hay que concluir que es un hecho notorio (y que por su notoriedad no necesita prueba) que los precios de un vehículo nuevo varían de un concesionario a otro, y que no puede admitirse, entre otras cosas porque así resulta de los folios a los que nos acabamos de referir, que los precios sean los mismos en todos los concesionarios; hay variaciones importantes y dentro del margen que permiten esas variaciones es donde radican los acuerdos sancionados por la resolución impugnada como conductas colusorias.

El hecho de que estén vinculados por las exigencias de la marca, no puede interpretarse como que carezcan de margen de actuación y que el cartel se haya formado dentro de ese margen.

Correos electrónicos como el que figura a partir del folio 8.807 (remitido por el Director de Málaga Wagen con fecha 28 de Septiembre de 2012) son clara muestra de que los concesionarios juegan dentro del margen que les establece la marca y donde se habla con toda claridad de los acuerdos que han concluido los concesionarios para la fijación de los precios.

Hay expresiones en dicho correo electrónico, y que son reiterados a lo largo del expediente administrativo) que son clara muestra de la existencia, en si misma del cartel y que después deberán valorarse en relación a cada

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

uno de las concretas empresas recurrentes: "Ruego total sigilo"; "... el acuerdo que hemos conseguido .."; "Me encantaría que pudiéramos llegar a una entente cordial .."

SEXTO: 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 fácticos 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.

Son muchos los correos electrónicos que se han cruzado entre las partes que determinan claramente la existencia del cartel, en general, y que hablan con claridad, de los acuerdos alcanzados, de la participación de unas empresas sí y otras no en el acuerdo; de que algunas empresas no comparten los acuerdos, de la discreción con la que se deben tratar estos temas, o de cuando alguna empresa incumple los acuerdos previamente asumidos (véase, por ejemplo el correo que obra al folio 4092 del expediente). La mera lectura de esos correos permite entender, sin lugar a dudas, de que existía un cartel con la finalidad expresa de fijar los precios y condiciones de venta de los vehículos.

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 cártel, 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: *"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.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

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

Todo ello procede de lo dicho por Tribunales de superior rango y cabe citar las siguientes sentencias:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (Rec. 650/2013) recuerda que "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo".

- El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992,

caso Phan Hoang c. Francia , § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria , § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional.

- Sentencia del TJUE Asunto C-99/17 : "65.- A este respecto, procede recordar que el principio que prevalece en el Derecho de la Unión es el de la libre apreciación de la prueba, que implica, por un lado, que si un elemento de prueba se ha obtenido lícitamente no puede impugnarse su admisibilidad ante el Tribunal General, y por otro, que el único criterio pertinente para apreciar el valor probatorio de las pruebas aportadas lícitamente reside en su credibilidad (sentencia de 19 de diciembre de 2013, Siemens y otros/Comisión, C23 9/11 P, C489/11 P y C49 8/11 P, no publicada, EU:C:2013:866 , apartado 128 y jurisprudencia citada).

Como veremos en el Fundamento Jurídico siguiente, todos los elementos fácticos aportados permiten concluir con la confirmación de la participación de la recurrente en el cartel en cuestión y ello pues no se ha ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC. De este modo, y con este acervo probatorio, debe entenderse que no se ha producido tampoco infracción del principio de tipicidad que también se consideraba infringido por la parte recurrente.

SÉPTIMO.- SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE SEALCO EN EL CARTEL.

En relación al cartel de los concesionarios de SEAT de Madrid se afirma en la resolución que incluye concesionarios ubicados en las provincia de Madrid, Guadalajara y Toledo y contaba con la colaboración de la Asociación Nacional de Concesionarios SEAT (ANCOSAT) y el seguimiento de los acuerdos adoptados por ANT, si bien no se estableció un sistema de multas por incumplimiento de los acuerdos adoptados.

Se añade que estuvo determinada la existencia de un cartel entre Marzo de 2006 y Noviembre de 2009 pero que se entendió prescrita la infracción y que las conductas fueron retomadas por determinados concesionarios, entre los que se incluye SEALCO entre Noviembre de 2012 y Junio de 2013.

Hay pruebas de que el cartel de Madrid se puso en marcha con la intervención de ANT y ANCOSAT pero es necesario concretar **elementos de prueba en relación a la ahora recurrente,** y en relación a esta cuestión, debemos hacer referencia tres pruebas documentales que nos permite afirmar, sin lugar a dudas, que la participación de SEALCO en el cartel ha sido clara:

- Aparece identificada esta mercantil en el correo electrónico remitido por SEAT a ANT donde se identifican los concesionarios que participan en el acuerdo (f. 18.833) y está en la hoja de Excel del folio siguiente donde aparece la relación de todos los concesionarios

- El estudio de ANT de febrero de 2013 fue actualizado, como consta en el correo electrónico interno de ANT de 14 de marzo de 2013 que, indicando que sigue instrucciones del responsable de ANCOSAT en Madrid, adjunta informe comparativo de las ofertas recibidas en las visitas realizadas a diversas empresas entre las que se cita a SEALCO S.A. y respecto de la que se indica que se realizó una visita y se indica, también, cual fue el modelo de vehículo que fue objeto de examen en el concesionario ahora recurrente (la remisión de este correo electrónico con los resultados de Febrero de 2013 aparece incorporado al expediente al folio 137 y ss y, posteriormente, también aparece al folio 8714 y ss una copia de la misma documentación.

- En la llamada Carpeta del Cartel de SEAT de Madrid que obra en el expediente a partir del folio 4044 aparece un correo electrónico fechado el día 8 de Mayo de 2013 en el que se afirma como SEALCO ha pasado a integrar la Comisión constituida por algunos concesionarios y en la que ha habido algunos cambios que se detallan; también se identifica con claridad quien es la persona de SEALCO que forma parte de esa comisión. En ese mismo correo electrónico se habla con total claridad de la existencia del acuerdo entre concesionarios, de las visitas de control de El Cliente Indiscreto, de la necesidad de que se realicen visitas a un determinado concesionario que abría los Sábados y que se escapaba del control establecido, etc.

La parte recurrente nada ha afirmado en su demanda en relación a estas circunstancias que aparecen claramente detalladas en el apartado de Hechos Probados de la resolución que se impugna por lo que no ha acreditado que, a pesar de haberse justificado su participación en el cartel, tales circunstancias pudieran obedecer a razones diferentes.

La demanda, en su folios 6 y 7 se limita a insistir en que la marca SEAT le remitió diversos correos electrónicos de los que la parte recurrente deduce que los precios los fija, exclusivamente, la marca. Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado más arriba: el hecho de que la marca establezca condiciones no permite concluir que los concesionarios no dispongan de un margen de maniobra en la fijación del precio final dentro del que se llega al acuerdo sancionado como conducta colusoria.

Sobre la base de todo lo anterior, debe tenerse presente que la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 por la que se ha sancionado a la empresa ahora recurrente se consuma por la existencia del pacto colusorio, con absoluta independencia de si éste se ejecuta o no, y con independencia, también, de los efectos que el mismo pueda llegar a producir, ya que este tipo de infracción ha sido calificada como infracción por objeto, es decir que se entienden cometidas por la acreditación del mero pacto, lo que ha ocurrido en este caso, dejando al margen su ejecución.

Esta Sala ha señalado (por ejemplo en la sentencia correspondiente al recurso 2020/2011) que del artículo 1 de la LDC resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

Se entiende que los acuerdos descritos en el Fundamento Jurídico dedicado a la descripción del cartel son anticompetitivos por su objeto habida cuenta de que por su propia naturaleza son aptos para restringir la competencia en el mercado., en los términos que, a título de ejemplo, indica la STJUE de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07 , apartados 33 y 34 (citada por esta Sala en el recurso 202/2012), en los que se subraya que *"los acuerdos ... pretenden esencialmente permitir que varias empresas apliquen una política común que tiene por objeto favorecer la salida del mercado de algunas de ellas y, consiguientemente, reducir el exceso de capacidad que afecta a su rentabilidad, impidiéndoles realizar economías de escala.*

Este tipo de acuerdos choca manifiestamente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado. En efecto, el artículo 81 CE , apartado 1, prohíbe cualquier forma de coordinación que sustituya conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre los empresarios".

Así las cosas, procede desestimar también por esta razón, el presente recurso, pues por las razones expuestas, y atendida su naturaleza, tampoco es aplicable la consideración del escaso impacto que la conducta descrita podría haber tenido en el mercado previamente definido ya que las infracciones del artículo 1 de la LDC , por su naturaleza, no pueden beneficiarse de la exención de minimis recogida en el artículo 5 de la LDC . Así se ha pronunciado esta Sala y Sección en otros asuntos precedentes, entre los que cabe citar la sentencia del recurso 209/2013

OCTAVO.-SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA SANCIÓN

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 WV) y las asociaciones ACEVAS y ANCOSAT, que han realizado un seguimiento y control continuos del grado de cumplimiento de los acuerdos en todas las zonas (menos en Zonas Asturias y Valencia), lo cual constituye un elemento reprochable 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.

La parte recurrente considera erróneo vincular el importe de la multa impuesta con la mayor o menor facturación en el mercado afectado de la empresa de que se trate y que dicho método ignora las pruebas obrantes en el expediente

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.

- El 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.

La parte recurrente nada dice sobre que el porcentaje que se le ha aplicado a ella esté defectuosamente calculado ni las razones específicas de ese supuesto defectuoso cálculo. La impugnación de este punto está realizada sobre la base de afirmaciones generales que para nada concretan la situación, la contabilidad o los resultados expresos de la empresa que ahora recurre la resolución.

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)".

La parte recurrente dedica el apartado VII de su demanda (a partir del folio 45) al análisis del sistema de determinación de la sanción por entender que no se ajusta a derecho. Entiende que los argumentos en este punto se contraen a los siguientes elementos:

- Falta del empleo de las circunstancias a tener en cuenta para el establecimiento de las sanciones según el artículo 64.1 de la LDC .

- La cuota o cuotas de mercado.

- El alcance de la infracción.

- La duración de la infracción.

- El beneficio ilícito obtenido.

Ahora bien, la realidad es que nada se afirma individualizadamente en relación a la recurrente, ni nada se refiere a las condiciones de la empresa; menciona la demanda generalidades que son aplicables a todos los recurrentes, mientras que el detalle con el que la resolución ha alcanzado el importe de la multa ha sido suficiente para entender suficientemente justificado el importe fijado en la parte dispositiva de la resolución.

NOVENO.-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 Dña. ISABEL CAMPILLO GARCIA, en nombre y en representación de **SEALCO S.A.** , contra Resolución del CONSEJO NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 28 de Mayo de 2015 resolución dictada en el expediente S/0471/13 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 sustentas 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".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 motivas 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 contradictora y contraria a la doctrina de los actos propios y por consiguiente al artículo 3.1 de la Ley 30/1992 .

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

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

18. La sentencia de la que discrepo señala en su FJ sexto que la denegación de ampliación del plazo a cada una de las empresas que lo solicitó, se fundó en las circunstancias individuales de cada una, aludiendo en cada caso al número de veces que cada empresa tuvo acceso al expediente, llevándose copia de la totalidad de la información pública obrante en el expediente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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

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

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

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

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

Fdo

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

En Madrid a 10/04/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ