



Roj: **STS 3876/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3876**

Id Cendoj: **28079130032020100272**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/11/2020**

Nº de Recurso: **6470/2019**

Nº de Resolución: **1478/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2097/2019,**  
**ATS 12146/2019,**  
**STS 3876/2020**

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 1.478/2020**

Fecha de sentencia: 10/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6470/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: **6470/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 1478/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/6470/2019, interpuesto por la representación procesal de la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de mayo de 2019, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 286/2015, formulado contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo de 2015 (EXPTE. NUM000, CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW), acuerda imponerle una multa de 195.220 euros, como responsable de la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 286/2015, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 24 de mayo de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"1.- **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso interpuesto por el Procurador D. Luis Fernando Alvarez Wiese, actuando en nombre y representación de **GÓMEZ PLATZ SA** contra la resolución de 5 de marzo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 195.220 euros. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos.

2.- Requerir a la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la que ajuste la cuantía de la sanción al período acreditado de participación de la entidad recurrente en la infracción que se le imputa, y que comprende desde septiembre de 2011 a junio de 2013.

3. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

"[...] Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida describe las conductas investigadas.

Así, dice que las prácticas contrarias al derecho de la competencia consistieron en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca OPEL entre concesionarios oficiales independientes de la citada marca, con la participación de ANCOPEL y la empresa de su propiedad ANCO y la colaboración de ANT. Las prácticas anticompetitivas se estructuraron por zonas geográficas, implicando, en cada una de ellas, a los concesionarios de la citada marca de dichas zonas, las denominadas zonas de influencia, delimitadas por sus miembros.

Relata que el cartel de cada zona (Madrid y Galicia) tenía homogeneidad en su comportamiento gracias a un denominador común, la participación de ANCOPEL y la contratación de ANT para el seguimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios de cada zona, realizando el control del precio de venta y condiciones comerciales acordados por los concesionarios en cada zona y facilitando el intercambio de información entre éstos, en cumplimiento de los acuerdos adoptados.

La resolución sancionadora entiende acreditada la participación en estas prácticas desde 2005 de ANT y ANCOPEL, sumándose la empresa propiedad de dicha asociación, ANCO CENTRAL DE COMPRAS, S.L., desde



2006. Explica que, en cada una de las citadas zonas, los evaluadores contratados por ANT, haciéndose pasar por compradores, recogían la información que después sería transmitida mensualmente a los respectivos concesionarios de cada zona sobre el precio de los vehículos, accesorios, descuentos, etc., que habían sido pactados previamente por los concesionarios en cada zona.

La actividad principal de ANT consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, bajo la marca "El Cliente Indiscreto", a través de los estudios de calidad en los que figuraba solamente la información referente al concesionario al que concernía y a disposición únicamente del concesionario evaluado.

En segundo lugar, ANT también remitía mensualmente a los concesionarios incoados los denominados "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas indicadas. El objetivo de dichos "estudios de mercado" o "estudios de precios" como ANT indicaba en sus presentaciones, era "acabar con la guerra de precios existentes y homogeneizar descuentos máximos", consiguiendo con ello incrementar el margen comercial por vehículo vendido, realizando un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente alcanzados por los concesionarios de la marca OPEL en cada zona e identificando aquellos concesionarios que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias", es decir, los incumplimientos, a los integrantes del cártel, facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados, como se indica en una presentación de ANT de 13 de septiembre de 2012.

En definitiva, explica la resolución recurrida que, tras las visitas de los evaluadores de ANT se realizaba un informe mensual que se remitía a los concesionarios incoados en el que además de incluir apartados relacionados con la atención recibida por parte del comercial de cada concesionario, se informaba de la oferta económica obtenida, siendo conscientes de su cuestionable legalidad, indicándose literalmente por ANT la "peligrosidad" de estos informes y por ello, se les denominaba normalmente "estudios de mercado", haciendo hincapié en el desconocimiento de los evaluadores sobre el verdadero objetivo de dichos informes, que no es otro que comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios, cuyos incumplimientos o irregularidades quedan reflejados en estos informes como "incidencias", como se señala en las presentaciones de ANT. Las incidencias se referían a si se había respetado el precio máximo acordado sobre un modelo concreto o si se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro de los acuerdos adoptados, comprobando si los concesionarios implicados respetaban o no la política comercial establecida por éstos, es decir, los incumplimientos detectados de los acuerdos adoptados por los concesionarios de la marca OPEL en la zona respectiva

En cuanto al papel de ANCOPEL, explica la resolución recurrida que conocía las prácticas realizadas por los concesionarios de la marca OPEL, así como su seguimiento por parte de ANT, como se acredita por las facturas expedidas desde 2005 por ANT a ANCOPEL, dirigidas a partir de marzo de 2006 a la empresa propiedad de dicha asociación, ANCO CENTRAL DE COMPRAS, S.L., hasta 2010 por conceptos tales como "estudios de mercado", que coinciden con las expedidas también a los concesionarios implicados, en las que se aprecia identidad de importes y conceptos y que en realidad respondían al seguimiento de los acuerdos adoptados por dichos concesionarios.

Específicamente, en cuanto se refiere al cartel de la Zona de Madrid, la resolución impugnada explica que consistió, al menos desde 2010, en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en la que habrían participado desde 2011, 19 concesionarios de la marca OPEL, entre ellos, GÓMEZ PLATZ, con la colaboración de ANT, ANCOPEL y la empresa propiedad de dicha asociación, ANCO al menos hasta junio de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones de ANT y ANCOPEL.

Destaca la resolución recurrida que ANCOPEL contrató los servicios de ANT para realizar el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados por los concesionarios. Mediante los informes elaborados por ANT tras las visitas de sus evaluadores se monitorizaba el cumplimiento de los acuerdos adoptados, remitiéndose a los concesionarios cuadros comparativos de los precios y las condiciones comerciales ofrecidas por éstos, detallando las denominadas "incidencias", es decir, los incumplimientos de algunos de los términos acordados.

A partir de las visitas realizadas por los evaluadores de ANT a cada concesionario de la marca OPEL de la denominada "Zona de Madrid" y de las fichas que realizaban por cada visita, ANT recopilaba dicha información, para luego remitirla a los concesionarios de la marca OPEL participantes en el cártel de esta zona, señalando si se había respetado el precio máximo o se habían ofrecido descuentos o regalos que no entraban dentro del acuerdo, comprobando si los concesionarios miembros del cártel respetaban o no la política comercial establecida por estos.



Esa forma de proceder, dice la resolución recurrida, fue organizada y coordinada por ANT, en combinación con ANCOPEL, como muestran las directrices de ANT en cuanto a las cuestiones referentes a "Gestión y Ejecución de OPEL" en relación a los concesionarios de la denominada "Zona de Madrid. Así resulta del documento "OPEL GESTIÓN Y EJECUTIVO", recabado en la inspección de ANT (folios 198 y 199).

La prueba de esa forma de operar se encuentra, según la resolución impugnada:

A) en las tablas de ANT de enero de 2010, con las comparativas de precios en las que reflejaba las incidencias de los concesionarios de diferentes marcas en el cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos, se incluye expresamente con respecto a los concesionarios de la marca OPEL la denominada "Zona de Madrid", referenciándose como "ANCOPEL MADRID" y enumerándose un total de 17 concesionarios en la citada zona. Así resulta de la hoja Excel recabada en la inspección de ANT (folios 2405 a 2420). 23 Información recabada en las inspecciones de ANT (folios 256 y 257)

B) En 2011, en la contabilidad interna de ANT, se tiene conocimiento de la expedición de facturas a ANCOPEL a nombre de ANCO, por conceptos tales como "estudios de mercado", si bien encuadradas dentro del cliente ANCOPEL aparecen referidas las facturas expedidas a determinados concesionarios de la marca OPEL de la denominada "Zona de Madrid", por los mismos importes, fechas y conceptos que, como se ha acreditado, respondían al seguimiento de los acuerdos adoptados. Así resulta de la información recabada en las inspecciones de ANT (folios 256 y 257) y ANCOPEL (folio 433).

Explica la resolución recurrida que esta contabilidad interna de ANT se corresponde con las facturas expedidas por ANT a los concesionarios de la "Zona de Madrid", recabadas en su mayor parte en la inspección de ANT, aunque también algunas de ellas han sido aportadas por algunos de los concesionarios incoados en contestación a los requerimientos de información realizados.

C) unos cuadros comparativos elaborados por ANT y remitidos a los concesionarios de la marca OPEL, en los que se reflejan los datos del concesionario (nombre, dirección y población), el precio de mercado del modelo determinado junto con sus posibles variaciones, así como la oferta realizada por el concesionario y la diferencia existente con respecto al precio de mercado. También en dichos cuadros figuraban datos como los posibles regalos u observaciones. Así resulta de la información aportada por MOTOR ALUCHE en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2680, 2683, 2684, 2688, 2689, 2692 y 2693)

D) Notas manuscritas que probaban la celebración de una reunión en Madrid el 10 de febrero de 2012, entre ANCOPEL y ANT, relativa al supuesto cártel de la denominada "Zona de Madrid", en el que se planteaba un cambio de estrategia a desarrollar por ANT, optando por un modelo menos agresivo de obtener la información y al mismo tiempo, aportando los concesionarios más respuestas a ANT. Así resulta de las notas manuscritas contenidas en la carpeta denominada "Opel Madrid", recabada en la inspección de ANT (folio 180).

E) Correo electrónico remitido por ANT a ANCOPEL el 25 de junio de 2012, con el que se adjunta el informe de presupuestos y el resumen de las evaluaciones realizadas en mayo de 2012 a los concesionarios de la marca OPEL de la "Zona de Madrid". Esa documentación fue recabada en la inspección de ANT (folios 2238 a 2303).

F) informe resumen de diciembre de 2012 de los concesionarios de la marca Opel de la denominada "Zona de Madrid", con la misma estructura que el realizada en mayo de 2012. Así resulta del Archivo Excel, recabado en la inspección de ANT (folio 2340).

[...] Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la LDC.

Seguidamente describe los hechos determinantes de la infracción supuestamente cometida por las citadas empresas del siguiente modo:

En el caso de GOMEZ PLATZ S.A., la imputación obedece a su participación en el cartel de la Zona de Madrid de fijación de precios y condiciones comerciales y de intercambio de información entre concesionarios de la marca OPEL desde 2011 hasta junio de 2013.

[...] En su demanda, en síntesis, la parte recurrente denuncia la caducidad del expediente sancionador al haberse dictado la resolución sancionadora fuera del plazo legal para resolver. Considera que la CNMC ha empleado de forma torticera las facultades de suspensión y ampliación del plazo de resolución.

Explica que al haber incoado el expediente el 29 de agosto de 2013 tenía como plazo máximo para resolver hasta el 28 de febrero de 2015. La Dirección de Competencia requirió información sobre el volumen de negocios de 2013 cuando notifica a las empresas el Pliego de Concreción de Hechos el 6 de agosto de 2014, sin que entendiera necesario ninguna suspensión pues podía ser aportada con las alegaciones al citado Pliego.

Tras una instrucción de 16 meses, la DC notificó su propuesta de resolución a las empresas el 5 de diciembre de 2014; sin embargo, en ese momento decidió no requerir esa información.

Una vez presentados por las empresas los escritos de alegaciones la Dirección de Competencia elevó al Consejo su informe y Propuesta de resolución restando mes y medio para resolver el expediente. A su juicio, la CNMC utilizó sus potestades de manera fraudulenta para eludir su obligación legal de resolver en plazo.

Reconoce que la información requerida es necesaria, pero pudo solicitarla antes porque la CNMC ya había requerido el volumen de negocios de 2013 y si decidió no solicitar en su momento la de 2014 ello solo obedece a la finalidad de eludir su obligación legal de responder en plazo.

En segundo lugar, denuncia las irregularidades cometidas en la obtención de pruebas y así dice que las órdenes de investigación de las sedes de ANT y ANCOPEL dictadas por la CNMC adolecían de defectos jurídicos manifiestos con la consiguiente vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Defectos que nunca pudieron ser convalidados por el Auto de entrada en la sede de ANT de 3 de junio de 2013. A su juicio, las Ordenes de Investigación no reunían los requisitos mínimos exigidos por el art. 13.3 RDC.

La orden de ANCOPEL no advertía del derecho a negar la entrada a los funcionarios de la CNMC.

A su juicio, la actuación de la CNMC respecto del cartel de SEAT/AUDI/WOLKSWAGEN se ha llevado sin más a OPEL.

Denuncia la falta de pruebas que acrediten la existencia del cartel y la existencia de una explicación alternativa que justifica la conducta sancionada.

En cuanto a la sanción, denuncia la ausencia de culpabilidad y la inexistencia de infracción por objeto

En todo caso, entiende que el cómputo de la sanción debería comprender únicamente el de las facturas y, por lo tanto solo 16 meses (de septiembre de 2011 a diciembre de 2012)

Finalmente, sostiene que la multa no está motivada y resulta desproporcionada al no explicar cómo se fija el tipo sancionador del 1,05%. Debería, en último término, haber aplicado la atenuante de no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

[...] Entrando a examinar los motivos del recurso, debemos rechazar, en primer lugar la existencia de caducidad del procedimiento.

A juicio de la mayoría de la Sala, no concurre la caducidad del procedimiento sancionador.

En primer lugar, no advertimos desidia o tramitación deficiente en la instrucción del procedimiento y ni siquiera la actora destaca que haya existido un retraso excesivo entre trámites o para llevar a cabo alguna diligencia de instrucción.

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

El problema surge, a juicio de la mayoría de la Sección, una vez que se formula la Propuesta de resolución el 4 de diciembre de 2014 y se reciben a continuación hasta el 30 de diciembre de 2014, los escritos de alegaciones de los distintos implicados con solicitudes de prueba, de declaración de confidencialidad, etc remitiéndose el procedimiento a la Sala de Competencia que el 29 de enero de 2015 acuerda requerir a las empresas incoadas la aportación del volumen de negocios de 2014 suspendiéndose el plazo para resolver hasta que fuese aportada la totalidad de la información requerida o trascurra el plazo otorgado para su aportación.

Por esa razón, como las últimas empresas en aportar su volumen de negocios de 2014 fueron ALTUSA y CESMAUTO que lo hicieron el 17 de febrero de 2015, con esa fecha se acordó el levantamiento de la suspensión con efectos de 16 de febrero de 2015, notificándose a las partes y siendo la nueva fecha de caducidad el 12 de marzo de 2015, de conformidad con lo dispuesto en los arts 37.1.a) de la Ley 15/2007 y 12.1.a) de su reglamento, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

El art. 37.1.a de la ley 17/2015 que la permite:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

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



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

Lo cierto es que la CNMC necesitaba disponer del volumen de facturación para motivar la cuantía de la sanción y de ahí el requerimiento para la aportación de ese dato que justificó la ampliación del plazo al amparo del art. 37.1.a) de la Ley 15/2007 que ofrece plena cobertura a tal solicitud.

Es verdad que con anterioridad se había formulado requerimiento de información a las entidades implicadas, pero al imponerse la sanción en 2015, de conformidad con el art. 63.1.c de la Ley 15/2007, era necesario disponer del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio 2014, de ahí el requerimiento de información que conlleva automáticamente la suspensión hasta que se aporte la información y que no respondía a ninguna estrategia para alargar artificialmente el plazo de resolución del procedimiento.

Se argumenta por la actora que el 6 de agosto de 2014, se requirió a las empresas imputadas que aportaran información sobre sus volúmenes de negocios y a ANCOPEL que remitiera a sus asociados la solicitud de información sobre su volumen de negocios pero es que el 22 de septiembre de 2014 fecha en la que tuvieron entrada las contestaciones al requerimiento de información relativas al volumen de negocios de ANCOPEL por parte de sus asociadas, entre las que se encuentran la mayor parte de las empresas incoadas, todavía quedaban cinco meses para que caducara el procedimiento por lo que es difícil pensar que la CNMC hubiera ya ideado no solicitar los datos de 2015 con el fin de prolongar artificialmente la duración del procedimiento pues en ese momento era perfectamente posible resolverlo en plazo.

Por lo tanto, a juicio de la mayoría de la Sala, carece de fundamento la alegación relativa a la caducidad del procedimiento sancionador pues la CNMC empleó correctamente la posibilidad que ofrece el art. 37.1.a de la Ley 15/2007 a fin de recabar un dato imprescindible para calcular la sanción dictándose la resolución que le puso fin dentro del plazo legal.

[...] Siguiendo con los motivos del recurso, la recurrente denuncia las irregularidades cometidas en la obtención de pruebas y así dice que las órdenes de investigación de las sedes de ANT y ANCOPEL dictadas por la CNMC adolecían de defectos jurídicos manifiestos con la consiguiente vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Defectos que nunca pudieron ser convalidados por el Auto de entrada en la sede de ANT de 3 de junio de 2013. A su juicio, las Ordenes de Investigación no reunían los requisitos mínimos exigidos por el art. 13.3 RDC.

La orden de ANCOPEL no advertía del derecho a negar la entrada a los funcionarios de la CNMC.

El argumento no puede prosperar. Aunque ANT, en cuya sede se encontró parte de la documentación incriminatoria contra GÓMEZ PLATZ, ha recurrido también la resolución sancionadora sin embargo, en su demanda no ha denunciado la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio del que es titular, quizá porque pese a lo que afirma GÓMEZ PLATZ, la entrada en la sede de ANT contaba con autorización judicial otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio siguiente.

Esa circunstancia no excluye que podamos pronunciarnos sobre la validez de la orden de entrada pues ya el TS en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201 /2011 (UNESA) precisó que *"el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad."*

Pues bien, en la sentencia de 31 de octubre de 2017, rec. 1062/2017, que vino a fijar criterio sobre la validez de las Ordenes de investigación en las inspecciones domiciliarias de la CNMC con arreglo al nuevo modelo de casación, el TS confirmó la resolución de un Juzgado, denegatoria de la solicitud formulada por la CNMC de entrada en una empresa porque la Orden de investigación no concretó las razones que vinculan la necesidad de la entrada en el domicilio con el objeto de la investigación.

Ahora bien en el presente caso, la Orden de investigación para la entrada en la sede de ANT hacía saber a ésta que *"La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor"*.



A juicio de la Sala, la Orden contiene una referencia singular a la empresa ANT y que vincula la actuación de esta en su función de asesoramiento con prácticas restrictivas de la competencia en un mercado de producto y geográfico concreto.

En el caso de ANCOPEL, la orden precisa que *"la CNC dispone de información según la cual la citada Asociación habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, consistentes en la coordinación de conductas con distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible"*, siendo suficiente, a juicio de la Sala.

Ha de tenerse en cuenta que el máximo responsable y Secretario General de ANCOPEL, D. Sergio , contó con el asesoramiento del Abogado externo de la Empresa, D. Silvio , al que comunicó el objeto de la Orden y que la inspección no se realizó hasta la llegada del citado abogado realizándose aquella con el consentimiento de aquel.

En todo caso, conviene advertir que el material incriminatorio contra GOMEZ PLATZ no se obtuvo de manera exclusiva como consecuencia del registro en las sedes de ANT y ANCOPEL, pues con anterioridad a las inspecciones ya se había abierto una información reservada a lo que cabe añadir la información aportada por MOTOR ALUCHE en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2680, 2683, 2684, 2688, 2689, 2692 y 2693) y que es previa a la incoación del procedimiento contra GOMEZ PLATZ.

Quiere ello decir, que la documentación recabada en la inspección de ANT y ANCOPEL tenía un valor complementario y su declaración de nulidad, caso de declararse así, no tendría por qué afectar a la acreditación de la participación de GOMEZ PLATZ en las prácticas anticompetitivas.

[...] Se rechaza la existencia del cartel porque la pertenencia a una red oficial impone la sumisión jurídica y económica de cualquier miembro de la red al proveedor o fabricante y limita por completo la libertad del concesionario en muchos aspectos, y uno de ellos es la fijación del precio de venta al público.

Al decir la resolución recurrida que el cartel de la Zona de Madrid, consistió, al menos desde 2010, en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en la que habrían participado desde 2011, 19 concesionarios de la marca OPEL, entre ellos, GÓMEZ PLATZ, con la colaboración de ANT, ANCOPEL y la empresa propiedad de dicha asociación, ANCO al menos hasta junio de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones de ANT y ANCOPEL, resulta necesario explicar cómo se forma el precio final del vehículo para verificar si éste viene impuesto por el fabricante o si pese a esas instrucciones o condicionantes puede existir un acuerdo anticompetitivo entre los concesionarios de aquel, como afirma la CNMC.

El examen de la documentación que obra en el expediente permite comprobar que es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

En el informe pericial de MSI que obra en el expediente (folios 12856-12922) se indica que *"en el proceso de formación de precios del Sector, el proveedor fija el "PVP recomendado" de todos sus vehículos en valores posicionados al alza. Sobre estos pVp recomendados se aplican a posteriori campañas y promociones para reposicionar los precios de los productos en el mercado en beneficio del Cliente Final. Durante el proceso de venta, para retener al cliente potencial los Concesionarios se ven forzados a trasladar al cliente la mayor parte del descuento comercial que tienen en la factura de compra al proveedor, e incluso gran parte de sus ventas se cierran con un margen operativo negativo"*.

Por lo tanto, el incentivo vinculado a la retribución variable es el elemento competitivo más importante entre los concesionarios y en relación al cual se han detectado las prácticas anticompetitivas finalmente sancionadas.

Los descuentos, ofertas, regalos, garantías adicionales, y otros permiten a los concesionarios diferenciarse entre ellos en el mercado y ofrecer mejores condiciones a sus clientes.

Explicado lo anterior, advertimos que una cosa es que efectivamente la marca comunique al concesionario el precio de venta recomendado y otra diferente que el precio de venta al público lo fije también la marca en virtud de los contratos a los que se alude. En realidad, la marca vende el vehículo al concesionario y éste lo revende a sus clientes obteniendo el beneficio derivado del margen comercial de la venta y de la consecución de los objetivos que retribuye la marca.

El citado informe pericial advierte que *"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"* pero ello no excluye la posibilidad de pactar dentro del margen del que gozan, ente caso, el nivel máximo de descuento sobre el precio de venta recomendado por la marca.



Recordemos que las Directrices relativas a las restricciones verticales, Doue 130 de 19 de mayo de 2010, definen estas como "los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios".

De conformidad con ésta definición, tendría razón la actora en su argumentación si la marca efectivamente impusiera el precio final al concesionario, pero ya hemos visto que no es así. Si la marca impusiera efectivamente el precio y los concesionarios no tuvieran margen de maniobra al respecto, carecerían de sentido los contactos entre ellos y las comunicaciones de niveles máximos de descuentos, etc.

En realidad, los concesionarios de la marca, operan entre ellos en el mismo plano de la cadena de distribución de manera que para reducir la incertidumbre en el ámbito del componente variable del precio pactaban los descuentos máximos aplicables al adquirente del vehículo. De no existir los acuerdos citados cada concesionario fijaría libremente aquellos elementos que inciden en el aspecto variable del precio, beneficiándose el supuesto comprador del resultado de una efectiva competencia entre ellos a la hora de fijar los descuentos máximos, competencia entre los concesionarios que resultó restringida por la adopción de aquellas prácticas. Ello no significa finalmente una igualdad de precios, sino 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, cuya afectación incide directamente en la libre competencia.

Las prácticas descritas integran por tanto un cartel, determinante de la infracción apreciada por la resolución sancionadora pues así lo revela la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, al advertir ANT en su documento "ESTUDIOS DE POLITICAS COMERCIALES 2012" de 13 de septiembre de 2012 (folios 2325 a 2339) que " *dadala "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas.*"

A ello se añade otros elementos que son propios de ésta figura como la regularidad de los contactos y encuentros mediante las reuniones convocadas mediante correo electrónico, el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos y para facilitar el intercambio de información y la previsión en la metodología de la empresa contratada para el seguimiento de los acuerdos colectivos de posibles represalias contra las empresas incumplidoras de los mismos.

[...] Entiende la actora que no se ha llevado a cabo un análisis del mercado sino que apenas se esbozan ciertas características generales sin un estudio previo.

A su juicio, la descripción del mercado ha de ser previa a fin de contextualizar en él los hechos investigados. Y desde luego debe de ser objetiva, no buscada a propósito ni ajustada para la mejor sancionabilidad de las conductas.

Explica que, dentro del sector de la automoción, son los vehículos a motor de las distintas marcas que están presentes en el mercado (y no los distinguidos por una sola marca, o de las marcas de un solo proveedor), los productos en los que se da la nota de homogeneidad y sustituibilidad que los convierte en un mercado a considerar desde la perspectiva de las normas competenciales. No puede considerarse que, habiendo una red selectiva al amparo de la reglamentación comunitaria sobre exención por categorías, exista como tal un mercado de producto restringido a los vehículos nuevos y de modelos determinados de OPEL.

Tampoco se ha tenido en cuenta el estudio de las demás presiones competitivas que afrontan las empresas investigadas dado que en ningún caso sus únicos competidores podrían ser los demás miembros de la red.

Por otra parte, considera que la CNMC ha incumplido su obligación de analizar y definir el mercado geográfico, y la ha sustituido por una definición *ad hoc* orientada nada más que a la mejor sancionabilidad de las conductas.

Los argumentos de la actora, que pueden ser asumidos en parte desde un planteamiento general y teórico, no se corresponden con el resultado de la prueba practicada.

Como es sabido, y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, "la delimitación exacta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, por cuanto se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, como los cárteles de fijación de precios y reparto de mercado"; además, si bien no es imprescindible para la acreditación de la conducta, la delimitación de los conceptos de mercado relevante y de mercado afectado sí lo es para determinar el importe de las sanciones, pues uno de los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC es, precisamente, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. La noción de mercado relevante trata de establecer el territorio o el producto donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para establecer el poder de mercado de



las empresas infractoras y evaluar el impacto de las conductas imputadas, mientras que el mercado afectado depende de la delimitación geográfica Y de producto en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. Mientras que en el mercado relevante se evalúan condiciones de competencia similares para el establecimiento del poder de mercado de una empresa o un conjunto de empresas, el segundo queda delimitado por la acreditación de los hechos y del contenido de los acuerdos investigados.

Por esa razón, consideramos, de acuerdo con la resolución recurrida, que el mercado afectado coincide con el mercado en el que se materializa la conducta infractora, consistente en el intercambio de información sensible, relativo a la distribución de vehículos de motor de determinados modelos de la marca OPEL, a través de concesionarios de la marca que adoptaron una serie de acuerdos secretos para fijar niveles máximos de descuentos e intercambio de información comercialmente sensible de la distribución minorista de vehículos de la marca OPEL, eliminando la competencia.

En consecuencia, es verdad que el mercado podía haberse definido con un alcance más amplio pero el hecho de que no se haya investigado la incidencia de la venta de vehículos de otras marcas no significa que el mercado afectado se haya delimitado incorrectamente por la CNMC una vez acreditada la existencia de la conducta ilícita intra marca.

La actora viene a decir que el mercado ha sido incorrectamente definido porque los acuerdos entre concesionarios de las mismas marcas tendrían el efecto de producir un desplazamiento de la demanda hacia modelos de marcas de la competencia, además de no haberse acreditado los efectos ciertos en el mercado.

Sin embargo, es doctrina reiterada del TJUE que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos, y así "*... de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia...*" (Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión), cuya aplicación al caso es indudable a juicio de esta Sala.

Asimismo, debemos recordar la doctrina contenida en la sentencia."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 18 de septiembre de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 22 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" 1.º) Admitir parcialmente a trámite el recurso de casación n.º **6470/2019** preparado por la representación procesal de la mercantil Gómez Platz, S.A. contra la sentencia de 24 de mayo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 286/2015.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la suspensión del plazo prevista en el 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, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario.

Todo ello sin perjuicio que la Sala de Enjuiciamiento se pronuncie, en su caso, sobre la segunda de las cuestiones apuntadas en el Razonamiento Jurídico Tercero de la presente resolución.

3.º) La norma que, en principio, será objeto de interpretación es el artículo 37.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."



**CUARTO.-** Admitido el recurso, y recibidas las actuaciones procedentes de la Sección Primera, por diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 2019, se acuerda estarse al transcurso del plazo de treinta días establecido en el artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El procurador don Luis Fernando Álvarez Wiese, en representación de la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. presentó escrito de interposición el recurso de casación el 20 de enero de 2020, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito en debida forma, lo admita y tenga por interpuesto en nombre de GÓMEZ PLATZ, S.A. Recurso de Casación contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, de 24 de mayo de 2019, dictada en el procedimiento nº 286/2015; y en su virtud dicte Sentencia por la que se estime el Recurso de Casación, fijando jurisprudencia en los términos solicitados en el cuerpo del presente, con íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia .".

**QUINTO.-** Por providencia de 21 de enero de 2020, se acuerda unir el escrito de la representación procesal de la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. interponiendo recurso de casación, y dar traslado del mismo al Abogado del Estado a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó por escrito presentado el 10 de febrero de 2020, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida.

Por Otrosí no considera necesaria la celebración de vista pública."

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 7 de julio de 2020 se acuerda no haber lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto; y, por providencia de 28 de septiembre de 2020, se designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza, y se señala este recurso para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2019 .**

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A., al amparo de los artículo 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/20115, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2019, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo de 2015, que le impuso una multa de 195.220 euros, como responsable de la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de que la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dicte nueva resolución, en la que se ajuste la cuantía de la sanción, en relación con el periodo correspondiente de septiembre de 2011 a junio de 2013.

La sentencia impugnada, cuya fundamentación jurídica hemos transcrito en los antecedentes de hecho de esta sentencia, sostiene que no procedía declarar la caducidad del procedimiento sancionador, a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso, teniendo en cuenta que el artículo 37.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia no distingue, a efectos de suspensión, entre motivos de tramitación ordinaria o extraordinaria, siendo que, en este supuesto, la documentación requerida por Acuerdo de 29 de enero de 2015 se consideraba imprescindible para calcular la sanción, lo que determina que se reconozca que la resolución sancionadora, que puso fin al procedimiento, fue dictada dentro del plazo legal.

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en la infracción de los artículos 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que regula los casos en que puede suspenderse el plazo máximo legalmente previsto para resolver un procedimiento sancionador, en cuanto - según se aduce- la sentencia impugnada confirma que es ajustado a Derecho el Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de enero de 2015, por el que se requiere a todos los presuntos responsables la aportación de la información relativa al volumen de negocio total en el año 2014, y acuerda la suspensión del plazo para resolver, al entender que se trataba de una documentación necesaria para resolver, por lo que estima



justificada dicha suspensión, sin tener en cuenta que la aplicación de dicho precepto está reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso, no amparando la aportación de documentos obligatorios, según las normas reguladoras del propio procedimiento sancionador.

En segundo término, se alega la infracción de los artículos 36.1 y 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 28.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia, y el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al no apreciar la caducidad del procedimiento sancionador, a pesar de que la suspensión del procedimiento acordada no era ajustada a Derecho.

En tercer término, se aduce la infracción del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada sobre el hallazgo casual, expuesta en la sentencia de 10 de diciembre de 2014 y 18 de febrero de 2019.

**SEGUNDO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se fundamenta el recurso de casación, referidas a la vulneración por la sentencia impugnada del artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con los artículos 36.1 y 38.1 del citado texto legal .**

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, consiste en precisar el alcance del artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de delimitar si cabe acordar válidamente la suspensión del procedimiento para recabar del interesado la aportación de documentos, u otros elementos de juicio, que resulten necesarios, aunque esta información requerida puede considerarse obligatoria, según las normas que rigen el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de noviembre de 2019, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en determinar si la suspensión del plazo prevista en el 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, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario.

También se propugna en el citado Auto que nos pronunciemos, en su caso, acerca de los requisitos para acordar la ampliación del plazo pues, si bien es cierto que existe jurisprudencia sobre la motivación de la ampliación de plazos y los efectos de la caducidad en los procedimientos administrativos sancionadores, dicha circunstancia no impide un nuevo pronunciamiento de la Sala a fin de reforzar, clarificar, matizar o revisar la jurisprudencia existente; nuevo pronunciamiento que en este caso estaría encaminado a determinar si, ante un expediente único, la complejidad o falta de complejidad del mismo se comunica a todas las partes intervinientes, en este caso, a la Administración y a las empresas investigadas.

A tal efecto, resulta pertinente señalar que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión, comporta resolver si, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional impugnada ha infringido el artículo 37.1 a) de la Ley 15/62007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al sostener que el procedimiento sancionador no había caducado, porque la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia utilizó correctamente la posibilidad que ofrece el citado artículo 37.1 a) de la Ley de Defensas de la Competencia, con el fin de recabar un dato imprescindible para calcular el importe de la sanción, dictándose la resolución sancionadora, que puso fin al expediente, dentro del plazo legal.

Cabe poner de relieve, en primer término, que la controversia jurídica planteada en este recurso de casación ya ha sido resuelta en la precedente sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2020 (RCA/3721/20198), en la que hemos fijado doctrina acerca de la interpretación auténtica del artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, con base en el principio de unidad de doctrina, debemos aplicar para la resolución de este proceso.

En la citada sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2020, declaramos:

"[...] El plazo para máximo para resolver el procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia es el de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación ( art. 36.1 de la LDC 15/2007, de 3 de julio).

Este plazo puede ser ampliado o suspendido, en los supuestos previstos en el artículo 37 de la Ley. El art. 37.1.a) prevé la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente mediante resolución motivada "Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios...".



El Auto de admisión plantea si 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, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario. Cuestión que conecta con el primer motivo de impugnación, en el que se considera infringido el art. 37.1.a) de la LDC por entender que la suspensión del procedimiento queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto que no pudieron recabarse en el plazo ordinario, no amparando el requerimiento de documentos establecidos como obligatorios por las propias normas del procedimiento sancionador y que pudieron y debieron realizarse en el período legal ordinario de 18 meses.

Para dar respuesta a esta cuestión hemos de empezar por señalar que la previsión contenida en el art. 37.1.a), no supone la ampliación extraordinaria del plazo para resolver el procedimiento, supuesto que está previsto en el art. 37.4 de dicha norma.

La suspensión del curso del procedimiento, es algo distinto a la ampliación del plazo máximo en que puede resolverse, aunque ambas decisiones traigan como consecuencia el que se disponga de un margen más amplio para dictar la resolución de fondo. La suspensión del procedimiento implica que el plazo para resolver el expediente no corre mientras subsista la razón que justificó la suspensión. La norma establece diferentes supuestos que justifican esta suspensión, entre ellos, "Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios...".

La Ley no establece que este motivo de suspensión solo puede ser utilizado para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional, excluyéndose aquellas actuaciones que solicita información o la práctica de diligencias que normalmente son necesarias en la tramitación de este tipo de procedimientos pero que no han sido practicadas antes de la finalización del plazo ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna.

En este caso se requirió a las empresas investigadas para que aportaran sus volúmenes de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de las sanciones. La CNMC necesitaba disponer del volumen de facturación del año inmediatamente anterior a la fecha de la resolución sancionadora para motivar la cuantía de la sanción, dado que el artículo 63.1.c de la Ley 15/2007, de la LDC 15/2007 establece como límite máximo de las sanciones que los órganos competentes pueden imponer a los agentes económicos, empresas y asociaciones "el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior.

Dado que la resolución sancionadora se dictó en el año 2015 necesitaba disponer del volumen de negocios correspondiente al 2014. Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción.

Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.

Este Tribunal STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (rec. 608/2016) ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente". Pero, en este caso, no existen elementos suficientes que permitan sostener que la información solicitada y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta, por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima. A tal efecto, resulta relevante destacar que la Administración ya había solicitado antes y dentro del plazo ordinario de resolución la información relativa al volumen de ventas de las empresas implicadas correspondiente al ejercicio 2013, en la creencia de que la resolución se dictaría en el 2014, pero la prolongación de la fase de instrucción hasta el 29 de diciembre de 2014, debido a la progresiva complejidad de la causa y el número de empresas implicadas, conllevó que la resolución sancionadora se dictaría en el 2015, por lo que el volumen de negocios de dichas empresas correspondiente al 2013 ya no era relevante para imponer la sanción y se necesitaba la información correspondiente al ejercicio 2014. Es cierto



que entre el 29 de diciembre de 2014 y el 6 de abril de 2015 se pudo solicitar dicha información, pero ese mero retraso no convierte esta solicitud en fraudulenta."

En lo que concierne a la denunciada infracción de los artículos 36.1 y 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe referir que consideramos que acierta el Tribunal de instancia al no apreciar que el procedimiento sancionador hubiere caducado, teniendo en cuenta que, como hemos expuesto anteriormente, la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento se había acordado sin infringir el artículo 37.1 a) del citado texto legal.

También estimamos que carece manifiestamente de fundamento la queja casacional fundada en la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, formulada en relación con el hallazgo casual, en la medida que observamos que no se realiza una crítica convincente del fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada, en el que el Tribunal de instancia, con rigor jurídico, expresa las razones por las que no procede declarar la invalidez de las Órdenes de investigación acordadas por la extinta Comisión Nacional de la Competencia, al apreciar que estaban suficientemente motivadas las causas del registro, y descartar que las pruebas incriminatorias contra la mercantil Gómez Platz se hubieran obtenido de manera exclusiva de los registros practicados en las sedes de ANT y Ancopel.

En último término, también rechazamos que la sentencia impugnada hubiere infringido el artículo 24.2 de la Constitución, en relación con el artículo 127.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, la sentencia de instancia trata minuciosamente esta cuestión en el fundamento jurídico décimo, analizando las pruebas de cargo que permiten acreditar la existencia de un cártel, así como la participación en el mismo, que se limita desde septiembre de 2011 hasta junio de 2013, atendiendo a la pruebas practicadas sobre la duración de la conducta infractora, que acreditan que en ese momento cesaron las prácticas anticompetitivas.

### **TERCERO.- Sobre la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .**

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

1.- La posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el artículo 37.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia "Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios...", procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.

2.- En principio, la complejidad de un expediente se proyecta sobre todas las partes intervinientes por lo que no puede sostenerse, con carácter general, que lo que es complejo para la Administración instructora no lo es para las empresas investigadas, pues también ellas están obligadas a evaluar toda la actividad probatoria practicada y a conocer los datos obrantes en el expediente para ejercer su derecho de defensa. Aun reconociendo que la posición de la Administración y la de las empresas investigadas no puede ser asimilada a los efectos de establecer una absoluta equiparación de su intervención en el procedimiento, pudiendo existir supuestos en los que la intervención de una o varias empresas está acotada temporalmente o en razón de su participación por lo que la complejidad del expediente se puede proyectar de forma distinta sobre la Administración instructora que sobre las empresas investigadas, esta situación será excepcional y en principio la ampliación de los plazos por razón de la complejidad debe operar también cuando las empresas investigadas lo solicitan.

En consecuencia con lo razonado, procede rechazar las pretensiones deducidas y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2019, dictada en el recurso contencioso-administrativo 286/2015.

### **CUARTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de recurso de



casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de no imposición de las costas efectuado en la sentencia de instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico tercero de esta sentencia, respecto de la interpretación aplicativa del artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

**Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la mercantil GÓMEZ PLATZ, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2019, dictada en el recurso contencioso-administrativo 286/2015.

**Segundo.-No efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento de no imposición de las costas efectuado en la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

Diego Córdoba Castroverde Fernando Román García

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### VOTO PARTICULAR

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. EDUARDO CALVO ROJAS (RECURSO DE CASACIÓN Nº 6470/2019).

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con lo argumentado y lo acordado en la sentencia; y ello por las razones que seguidamente paso a exponer:

1.- Mi discrepancia se centra en lo razonado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, tanto por lo que allí se dice como por considerar que hay contradicción entre el contenido de dicho fundamento jurídico y la doctrina recogida en el fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia.

En cuanto a lo primero, creo que la Sala no ha otorgado la debida relevancia a un hecho que la propia sentencia recoge y sobre el que no existe controversia: durante la tramitación del procedimiento 69 de las empresas afectadas solicitaron que, debido al volumen y complejidad del expediente, se ampliase en 7 días el plazo ordinario de 15 días del que disponían para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos; y tal petición les fue denegada en aras a la celeridad en la tramitación del procedimiento (ver antecedente tercero de la sentencia).

Es cierto, como señala la sentencia, que la apreciación sobre la complejidad de un expediente administrativo no es un valor absoluto ni inmutable, pues el grado de complejidad puede variar a lo largo de la tramitación y afectar de manera distinta a los intervinientes en el procedimiento. Pero aunque es posible que tal cosa suceda, la propia sentencia reconoce que esto será algo "excepcional", es decir, que lo normal es que la complejidad opere por igual respecto de todos. Por ello, la propia sentencia señala que "... en principio la ampliación de los plazos por razón de la complejidad debe operar también cuando las empresas investigadas lo solicitan" (F.J. 3º).

En el caso que se examina la Administración actuante había considerado que el expediente no presentaba complejidad que determinase una ampliación (de sólo 7 días) del plazo en el que las empresas debían formular sus alegaciones. Por tanto, ya había hecho entonces una valoración y un pronunciamiento sobre la (no) complejidad del expediente. Pese a ello, llegado el momento de resolver, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se auto-concede una ampliación del plazo para dictar su resolución apelando, precisamente, a la complejidad del expediente.



Creo que esta ampliación del plazo para resolver es contraria a derecho pues para sustentarla la Administración no debía limitarse a señalar algunos datos indicadores de la complejidad del expediente (número de folios, número de empresas afectadas,...) sino que también, y sobre todo, debía señalar qué cosas habían cambiado para explicar que el procedimiento, que la propia Administración no consideraba complejo cuando las empresas formularon sus alegaciones, hubiese pasado a tener una considerable complejidad en el momento de resolver. Nada de esto se ha explicado ni justificado; y por ello entiendo que la decisión de ampliar el plazo para resolver es contraria a derecho.

Por otra parte, creo que la conclusión a que llega la Sala en ese F.J. 3º del que discrepo resulta difícilmente conciliable con la doctrina que se establece en el F.J. 4º de la propia sentencia.

En ese F.J. 4º se dice que << (...) En principio, la complejidad de un expediente se proyecta sobre todas las partes intervinientes por lo que no puede sostenerse, con carácter general, que lo que es complejo para la Administración instructora no lo es para las empresas investigadas, pues también ellas están obligadas a evaluar toda la actividad probatoria practicada y a conocer los datos obrantes en el expediente para ejercer su derecho de defensa...>>. Y aunque la sentencia admite que pueden << (...) existir supuestos en los que (...) la complejidad del expediente se puede proyectar de forma distinta sobre la Administración instructora que sobre las empresas investigadas>>, la propia sentencia señala que << (...) esta situación será excepcional y en principio la ampliación de los plazos por razón de la complejidad debe operar también cuando las empresas investigadas lo solicitan>>.

Nada tengo que objetar a esa doctrina de la Sala; pero, precisamente por ello, me sorprende que el F.J. 3º de la sentencia haya otorgado respaldo al anómalo cambio de parecer de la Administración actuante.

La Sala no aprecia irregularidad alguna en la ampliación del plazo para resolver; y viene en cambio a sugerir que donde acaso hubo una actuación incorrecta fue al denegar la ampliación del plazo para alegaciones. Pues bien, frente a ese modo de ver las cosas me parece obligado destacar que aquella denegación de la ampliación del plazo para alegaciones, en tanto que acto de trámite, no pudo ser combatida en su momento; y la recurrente sólo ha podido cuestionarla al final del procedimiento, al constatar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había cambiado de parecer y había manejado a su conveniencia la apreciación sobre la complejidad o no complejidad del expediente.

2.- Por todo ello considero que la sentencia debió declarar haber lugar al recurso de casación; y que, una vez casada la sentencia de instancia, se debió estimar el recurso contencioso-administrativo y anulado la resolución sancionadora por haber sido dictada ésta cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad del expediente.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Calvo Rojas

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.