



Roj: **SAN 3702/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3702**

Id Cendoj: **28079230062019100352**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/10/2019**

Nº de Recurso: **254/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000254 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02668/2015

Demandante: ROAUTO S.A.

Procurador: DOÑA ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dos de octubre de dos mil diecinueve.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 254/2015, el recurso contencioso-administrativo formulado por **ROAUTO S.A.** representada por la procuradora doña Isabel Campillo García, contra la resolución de 5 de marzo de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 505.793 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha 8 de mayo de 2015, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 22 de mayo de 2015, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito presentado el 28 de julio de 2015 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso con la anulación de la sanción impugnada.

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 25 de septiembre de 2019 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don SANTOS GANDARILLAS MARTOS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 5 de marzo de 2015, expediente administrativo S/0489/13 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNMC), mediante la cual se le impuso a ROAUTO S.A. una sanción de multa de 505.793 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de abril).

La parte dispositiva de dicha resolución concretaba:

" PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 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:

[...] 23.ROAUTO, S.A., por su participación en el cártel 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 lo relativo al período de enero a 8 de septiembre de 2011, en su condición de sucesora universal de COSDILER, S.A.

[...]

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

[...]

22. ROAUTO, S.A.: 505.793 euros [...]

QUINTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución. [...]"

Como antecedentes que precedieron al dictado de esta resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes extremos:

1. La Dirección de Investigación (DI), tras haber tenido acceso a determinada información relacionada con 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, inició con fecha 30 de abril de 2013, una información reservada (S/0471/13), con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

2. En el marco de esa información reservada, con fecha 4, 5 y 6 de junio de 2013, la DI realizó inspecciones en la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L. (ANT) y en la asociación de Concesionarios de Opel España (ANCOPEL), así como un requerimiento de información a las mismas y a AELSA, S.A., AUTOVIASA, CESMAUTO, S.L, DISO MADRID, S.L, IBERICAR TECHNIK, S.A. y MOTORKAR, S.A. relativo a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos a motor, en el caso de ANT y los concesionarios, y en el caso de ANCOPEL, en relación a las empresas miembros de la misma, personas que han ocupado cargos directivos en la asociación, organización de la misma e informes públicos sobre el mercado de la distribución de vehículos a motor.

3. Recabada la información, el 29 de agosto de 2013, la entonces DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0489/13 Concesionarios OPEL, contra la empresa ANT, la asociación ANCOPEL, y los concesionarios distribuidores de la marca OPEL AELSA, AUTOVIASA, CESMAUTO, DISO, IBERICAR TECHNIK, MASTERNOU, MOTOR REPRIS y MOTORKAR, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

4. El 27 de septiembre de 2013 tuvo entrada en la sede de la CNC denuncia anónima referente a un presunto cartel.

5. La Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la que se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de junio). Se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia como el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la Ley.

6. El 27 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia notificó requerimientos de información a diversos concesionarios relativos a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de la distribución de vehículos de motor, así como el tipo de relación que, en su caso, hubieran tenido con ANT y ANCOPEL.

7. Con fecha 3 de julio de 2014, a la vista de la información obtenida, la DC acordó la ampliación de la incoación contra las empresas ACEÑA MOVIL, S.L., AGROGIL, S.A., ALCARREÑA DE TURISMOS, S.L., AUTOMÓVILES URBETA, S.A., AUTOTODO, S.L., BÉTULA CARS, S.L., GERAR, S.A., GÓMEZ PLATZ, S.A., LISTA MOTOR, S.L., MOTOR CORUÑA, S.A., MOTOR LEYVA, S.A., MOTOR ALUCHE, S.A., ROAUTO, S.A., SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A., TALLERES PRIZÁN, S.A. y TURISMOTOR, S.A..

8. Con fecha 4 de agosto de 2014 la DC acordó la ampliación de la incoación contra las empresas ANCO CENTRAL DE COMPRAS, S.L. y CENTRO SUR DE AUTOMÓVILES S.A.

9. El día 6 de agosto de 2014, la DC formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a las partes el mismo día, requiriendo en la notificación 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. El 26 de agosto de 2014 DISO presentó sus alegaciones.

10. El día 3 de diciembre de 2014, a la vista de la información obtenida, la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción y el 4 de diciembre de 2014 emitió Propuesta de Resolución.

11. El día 2 de enero de 2015, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

12. Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2014 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible. Asimismo, para aquellas empresas que no lo hubieran aportado con anterioridad, se pidió el volumen de negocios en España correspondiente al mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca OPEL respecto de los modelos de vehículos afectados y de distintos años dependiendo de la empresa requerida, diferenciando el canal de ventas de vehículos nuevos a particulares del resto de canales. Se suspendió el plazo para resolver hasta que fuese aportada la totalidad de la información requerida o transcurriera el plazo otorgado para su aportación.

13. Con fecha 17 de febrero de 2015 se acuerda 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.

14. Finalmente, la Sala de Competencia dictó, con fecha 5 de marzo de 2015, la resolución que aquí se recurre.

SEGUNDO.- Antes de entrar a resolver los extremos que han sido puestos de relieve por el escrito rector, es preciso que nos centremos en cuales fueron los extremos, circunstancias y valoraciones tenidas en cuenta por la CNMC para la concreta sanción impuesta a quien aquí recurre, para lo que tenemos que remitirnos a lo ya dicho con ocasión de anteriores recursos contencioso-administrativos en relación al mismo cartel.

En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a ROAUTO (folio 12), con domicilio en Madrid, fue constituida con fecha 10 de diciembre de 1976, siendo su objeto social la compraventa y comercialización de vehículos automóviles, así como la de sus recambios y accesorios, la explotación de talleres de mantenimiento

y reparación de automóviles y las prestaciones de toda clase de servicios relacionados con la comercialización y uso de vehículos automóviles. Con fecha 8 de septiembre de 2011 se formalizó en escritura pública la absorción de la mercantil COSDILER, S.A. por parte de ROAUTO. Esta sociedad es miembro de ANCOPEL.

Puntualizábamos, entre otras, en la sentencia de 21 de mayo de 2019, recurso 256/2015, que la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cuál es la relación entre la marca y el concesionario, se refiere al régimen jurídico de los concesionarios, regidos por contratos de distribución de vehículos y de servicios concertados con los proveedores y fabricantes de las marcas oficiales de modo tal que el proveedor vende sus productos al distribuidor y este los revende a sus clientes aplicando un margen, que constituye la fuente de ingresos de su actividad comercial. Señala que, en la distribución minorista de automóviles nuevos, la empresa distribuidora de los vehículos de una marca comunica al concesionario un precio de venta recomendado para que este establezca libremente el precio final de venta de acuerdo con sus ingresos esperados o deseados, práctica que estaría cubierta por el Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. Quiere ello decir que el distribuidor actúa, en todo caso, en su nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos derivados del negocio.

En cuanto a la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, 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.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, del mercado de producto, la resolución lo identifica con el de distribución de vehículos de motor nuevo y accesorios de la marca OPEL a través de concesionarios independientes del fabricante vendidos a particulares. Sin embargo, no abarcaría a la totalidad de los modelos de la marca pues la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC entiende que dicho mercado debe limitarse a los modelos Astra, Zafira, Insignia y Mokka que se vendieron en el tiempo por el cual se prolongó la conducta sancionada.

Particular relevancia tienen las consideraciones relativas al mercado geográfico que comprendería, según la resolución sancionadora, la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas -zona geográfica que puede distinguirse de otras próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia prevalecientes en ella son sensiblemente distintas a aquellas-.

Razona que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

El proveedor dice, según el contrato que suscribe con los concesionarios y que determina la operativa de los mismos, no establece ninguna cláusula que discrimine y que condicione a los concesionarios a la hora de sus ventas por razón del lugar de residencia del cliente final, ni de la instalación desde la que el concesionario realice la venta, a los efectos de aceptar o rechazar los pedidos del concesionario; de lo que concluye que los concesionarios tienen un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, con una influencia significativa en las provincias limítrofes.

Al analizar dicho ámbito de influencia, la DC habría comprobado que las zonas geográficas en que se manifestaban las prácticas supuestamente anticompetitivas coincidían con las zonas de influencia de los concesionarios de la marca OPEL, lo que le lleva a distinguir la llamada "Zona de Madrid", que incluiría los concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y en la provincia de Guadalajara, y la denominada "Zona de Galicia", con los concesionarios ubicados en esa Comunidad Autónoma.

Por último, analiza la estructura del mercado que se caracteriza, por el lado de la oferta, como un mercado maduro relativamente transparente con un número de concesionarios muy elevado y, por lo tanto, muy atomizado, estable en su cuota y en su número y sin entradas de nuevos competidores en el mismo durante todo el desarrollo de las prácticas investigadas. Y desde el punto de vista de la demanda, se refiere a los tres canales principales (flotas de empresas privadas, particulares y empresas destinadas al renting o alquiler de los vehículos de motor), con indicación del volumen porcentual que cada uno de ellos supone en el total de ventas y su evolución en el año 2014.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT, y los días

5 y 6 de junio de 2013 en la sede de ANCOPEL, así como la denuncia anónima presentada el 27 de septiembre de 2013 y las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados.

Las pruebas así obtenidas pondrían de manifiesto que los concesionarios participantes adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de llevar a cabo un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca OPEL, con la participación de ANCOPEL y la empresa de su propiedad, ANCO, y la colaboración de ANT.

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, cuya actividad principal consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, lo cuales eran prestados bajo la marca "El Cliente Indiscreto", normalmente a través de estudios de calidad en los que figuraba solamente la información referente al concesionario al que concierne y a disposición únicamente del concesionario evaluado, así como en prestar otros servicios a los concesionarios (bajo la denominación "estudios de mercado" o "estudios de precios" respecto de cada una de las zonas afectadas) con el objeto, explícitamente reflejado por ANT en sus presentaciones, de "acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos" a fin de conseguir incrementar el margen comercial por vehículo vendido, valiéndose para ello del seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas "incidencias" (es decir, los incumplimientos) a los integrantes del cártel de cada zona, y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida.

Tras valorar las pruebas aportadas en relación a la participación de los concesionarios en los diferentes cárteles territoriales, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información sensible entre las empresas concesionarias de vehículos de la marca OPEL, ACEÑA MOVIL, S.L., AELSA, S.A., AGROGIL, S.A., ALCARREÑA DE TURISMOS, S.L., AUTOMÓVILES URBETA, S.A., AUTOTODO, S.L., AUTOVIASA, Comercial Autovía, S.A., BÉTULA CARS, S.L., CENTRO SUR DE AUTOMÓVILES, S.A., CESMAUTO, S.L., DISO MADRID, S.L., GERAR, S.A., GÓMEZ PLATZ, S.A., IBERICAR TECHNIK, S.A., LISTA MOTOR, S.L., MOTORKAR, S.A., MOTOR ALUCHE, S.A., MOTOR CORUÑA, S.A., MOTOR LEYVA, S.A., ROAUTO, S.A., SELIGRAT DE AUTOMOCIÓN, S.A., TALLERES PRIZAN, S.A., TURISMOTOR, S.A., con la colaboración y participación de ANT SERVICIALIDAD, S.L., la asociación ANCOPEL y la empresa ANCO CENTRAL DE COMPRAS, S.L.

Constata entonces la existencia de un cártel por cada una de las dos zonas geográficas diferenciadas, que estaría integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca OPEL. Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante periodos diversos en función de las zonas geográficas afectadas que comprenderían, según los supuestos, al menos desde el año 2011 hasta el desarrollo de las inspecciones por la DC en junio de 2013, si bien la intervención de ANT, ANCO CENTRAL DE COMPRAS y ANCOPEL se habría iniciado en 2010.

Tales acuerdos consistirían, 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, constituyendo por tanto prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con "... manifiesta ocultación y secretismo".

En su relación de hechos acreditados se refiere también la CNMC a la importancia en la gestación y el desenvolvimiento de los cárteles de la intervención de la asociación de concesionarios de la marca OPEL, ANCOPEL, y destaca de manera especial el sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos a través de la contratación de la empresa ANT SERVICIALIDAD, intervención que se revela como determinante, en muchos de los casos, para justificar la participación de cada uno de los concesionarios sancionados en los acuerdos colusorios, y a la que nos hemos de referir después al analizar, precisamente, la prueba inculpatória acumulada frente a la empresa aquí recurrente.

En cuanto ahora interesa, y puesto que la entidad actora operaba en la denominada "Zona de Madrid", ha de decirse que dicha zona comprendería los siguientes concesionarios de la marca OPEL: ALTUSA, AGROGIL, AUTOTODO, CENTROSUR, COSDILER (concesionario absorbido por ROAUTO en septiembre de 2011) DISO, GERAR, GERAR MOTOR, GÓMEZ PLATZ, IBERICAR, LISTA MOTOR, MOTOR ALUCHE, MOTOR LEYVA, ROAUTO, SELIAUTO, TALLERES ARAGUAS, TALLERES PRIZÁN, TURISMOTOR y TUVISA, que habrían actuado con la colaboración de ANT y ANCOPEL, manteniéndose este cártel -con las excepciones que indica la misma resolución- al menos hasta junio de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones en las sedes de ANT y ANCOPEL.

La prueba de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por estos. A ello se añaden otras pruebas como unas tablas de ANT de enero de 2010 en las que reflejaban las incidencias de los concesionarios de diferentes marcas en el cumplimiento de los acuerdos adoptados por estos, y en las que 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 esa zona (folios 2404 a 2420, recabados en la inspección de ANT); o facturas expedidas por ANT a ANCOPEL a nombre de ANCO, de las que se tiene conocimiento por la contabilidad interna de ANT (folios 256 y 257, también obtenidos en la inspección de ANT). Concretamente, en el caso de ROAUTO se identificaron facturas expedidas por ANT a esta entidad, recabadas en la inspección de ANT (folios 4266 a 4282; recabadas en la inspección de ANT).

A través del correo electrónico remitido por ANT a ANCOPEL el 25 de junio de 2012, 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", en concreto, evaluaciones de ALTUSA, AGROGIL, AUTOTODO, ROAUTO, GERAR, GERAR MOTOR, LISTA MOTOR36, MOTOR ALUCHE, MOTOR LEYVA, SELIAUTO, TALLERES ARAGUÁS, TALLERES PRIZÁN, TURISMOTOR, TUVISA, GOMEZ PLATZ44, DISO MADRID e IBERICAR TECHNIK, no apareciendo ya COSDILER, absorbida por ROAUTO en septiembre de 2011, ni CENTROSUR, del que no existen evidencias de participación más allá de noviembre de 2011. De nuevo estos informes enviados por ANT a ANCOPEL con fecha 25 de junio de 2012 muestran el carácter territorial fijado por los miembros del cártel y evidencian la participación en esa fecha en el mismo de los citados 17 concesionarios de la marca OPEL en la denominada "Zona de Madrid".

Asimismo, alude la resolución recurrida al correo intercambiado entre ANT y ANCOPEL obtenido en la misma inspección de ANT de fecha 25 de junio de 2012, adjuntando archivos con informes de seguimiento de los concesionarios de la zona de Madrid (folios 2238 a 2303).

TERCERO.- Respecto de la concreta situación de ROAUTO, se alega en su escrito de demanda comienza con una descripción fáctica de cómo se sucedieron los hechos y una explicación de los criterios de formación de precios en el sector, que tiene unas particularidades que no se manifiesta en otros ámbitos, explicita los motivos de impugnación en los fundamentos de derecho. Continúa discrepando con el periodo de imputación de la sanción, considera que no puede extenderse más allá de octubre de 2011 y hasta diciembre de 2012, puesto que consta un correo enviado a ANT el 20 de diciembre de 2012, donde se le dice que "no me mandes más misterí", niega que se le puedan imputar la sanción que le hubiera correspondido a COSDILER porque no había sido previamente declarada cuando fue absorbida por la actora. Acto seguido cuestiona los criterios de cuantificación. En los fundamentos de derecho (i) En primer término afirma que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia; (ii) la vulneración del principio de tipicidad, ante la que considera inexistencia de los hechos calificados como infracciones; (iii) para terminar por cuestionar los criterios para cuantificar la sanción.

A todo ello se opone al abogado del Estado en los mismos términos en los que se pronunció la resolución que es objeto del presente recurso.

CUARTO.- Los puntos (i) y (ii) del escrito de demanda pueden ser abordados de manera conjunta en cuanto están directamente relacionados con la determinación de los hechos por la Administración sancionadora y su imputación a la actora.

La resolución impugnada, tras el examen de la documentación intervenida en el domicilio de ANT, a tenor de la contabilidad interna de esta última y con la información aportada por uno de los concesionarios incoados, en contestación al requerimiento de información, consideró acreditada la participación en el cártel de la Zona de Madrid de COSDILER. A su vez, con fecha 8 de septiembre de 2011 se formalizó en escritura pública la absorción de la COSDILER por parte de ROAUTO. A partir de tal fecha, consta asimismo acreditada la participación de ROAUTO en el cártel de la Zona de Madrid. En tal sentido, la responsabilidad de ROAUTO en el citado cártel se produce en su condición de sucesora universal de COSDILER para el período entre enero y 8 de septiembre de 2011, y con carácter de responsable directo, por su continuación en la participación activa en el cártel, desde septiembre de 2011 a junio de 2013.

Vayamos en primer término con la responsabilidad que se le imputa a la actora por la participación de la más tarde absorbida COSDILER. En el presente caso COSDILER fue absorbida por la actora lo que supuso una sucesión en toda su actividad. La respuesta a la posibilidad de que la responsabilidad sea o no transmitida a quien sucede en la actividad entre personas jurídica ha sido dada por la STS de 16 de diciembre de 2015, recurso 1973/2014, precisamente frente a una sentencia de esta Sección. Considera el Supremo que en el ámbito del derecho sancionador administrativo, se admite la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en caso de sucesión en relación con las conductas realizadas por la primera, pero introduce algunos matices

para que el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de la pena no se vea afectado e ignorado. Admite esa posibilidad cuando entre ambas empresas se constata una unidad económica y funcional que determina una continuidad en la toma de decisiones, circunstancia que se aquí concurre con la total integración de la COSDILER en ROAUTO. Si no fuera así y de llevarse al extremo el principio de personalidad de las sanciones en los casos de personas jurídicas, supondría admitir la posibilidad de eludir la responsabilidad de la infracción cometida con la mera sucesión empresarial.

En segundo lugar, cuanto a la valoración de los criterios de seguidos por la CNMC para la imposición de la sanción, tanto desde la órbita de la tipificación como desde la perspectiva de la culpabilidad, ya hemos, entre otras en sentencias de 9 de junio de 2016, recurso 551/13 y 26 de marzo de 2019, recurso 523/2015 FJ 3º, en este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras. El medio habitual de colmar la actividad probatoria es a través de los indicios, técnica probatoria admitida por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985.

En la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve sin dudas a la convicción de quien juzga de que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencias punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado. En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten 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.

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C10 4/85, C114/85, C11 6/85, C117/85 y C12 5/85 a C129/85, Rec. p. I13 07, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T62/98, Rec. p. I27 07, apartados 43 y 72).

En el presente litigio, las pruebas sobre las que descansa la imposición de la sanción despejan toda duda razonable sobre la participación de la actora en el cártel, lo que permite imputarle las prácticas anticompetitivas por las que se le sanciona.

A pesar de la falta de rastro directo en ROAUTO, la relación con el cártel se establece sin excesiva dificultad deductiva de las facturas descubiertas en ANT cuya destinataria, por los servicios prestados, era la actora (folios 4266 a 4282). También resultan reveladores el informe, el presupuesto y el resumen de ANT a ANCOTEL de 25 de junio de 2012, sobre la evolución de los concesionarios de OPEL en la zona de Madrid, con la evidencia de que los concesionarios eran conocedores de las ofertas que cada uno realizaba, como lo revelan los cuadros remitidos por ANT a cada concesionario.

Diferente valoración nos merece la extensión temporal de la sanción impuesta. No podemos olvidar que en la sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto T38 0/10, constató (53) que también corresponde a la Comisión la prueba de la duración de la infracción, toda vez que la duración es un elemento constitutivo del concepto de infracción en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, y que (97) la Comisión podía sustituir la prueba de la existencia de una infracción en el seno de una asociación específica durante un periodo determinado por la prueba de prácticas anticompetitivas desarrolladas durante un periodo anterior en el seno de otra asociación profesional, periodo que además la Comisión excluyó expresamente de la constatación de la existencia de una infracción.

Las facturas emitidas por ANT a ROATUTO, en los folios 4266 a 4282, por los servicios del cliente indiscreto abarcan de marzo de 2011 a diciembre de 2012, lo que en principio podría excluir los meses de todo el periodo del año 2013. Sin embargo, el solo dato del inicio de actividad no impide que la actora hubiera formado parte del cártel antes del comienzo efectivo del desarrollo de sus actividades. Lo que sí se requiere es que exista principio de prueba suficiente para atribuirle su participación en esta asociación ilícita. La información recabada de ANCOPEL en los folios 703 a 709, revela que ROAUTO formaba parte de la asociación, pero al contrario de lo que ocurre con la información recogida para otras entidades, no se especifica la fecha en que entró a formar parte de este grupo. Por otro lado, nada dice la resolución sobre esta consideración, y nada se refleja en el expediente administrativo, salvo las referidas facturas, que nos permitan imputar la ilícita conducta más allá de enero de 2013, como hace la resolución sancionadora.

No podemos obviar el email obrante al folio 2304, enviado a ANT el 20 de diciembre de 2012, donde se le comunica que "no me mandes más misteri [...]". A partir de este dato, no tenemos otros rastros indiciarios de la participación de la actora en el cártel, por lo que no resulta viable imputarle su participación durante todo el periodo de año 2013, como hace el acuerdo sancionador.

Por lo tanto, la sanción debe ser anulada en la medida que solo se le puede exigir responsabilidad por la participación en el cártel de marzo de 2011 a diciembre de 2012.

QUINTO.- En última instancia, denuncia la vulneración del artículo 64 de la Ley al no aplicar correctamente los criterios de fijación del importe de la sanción, además de la falta de motivación y vulneración de los principios de proporcionalidad y no discriminación en el cálculo de la sanción impuesta.

Sobre este motivo, y anulada la sanción en los términos expuesto en el anterior fundamento, no vamos a pronunciarnos en la medida en que el acto impugnado ya ha sido reputando contrario a Derecho y dejado sin efecto.

SEXTO.- Lo dicho nos lleva a la parcial estimación del recurso, en la medida de que las pretensiones de la actora no han sido acogidas en su integridad. En materia de costas cada parte soporta las costas causadas a su instancia, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ROAUTO S.A.** contra la resolución de 5 de marzo de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 505.793 euros, sin expresa condena en costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 04/10/2019 doy fe.