



Roj: **SAN 3398/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3398**

Id Cendoj: **28079230062019100315**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/09/2019**

Nº de Recurso: **202/2015**

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: 0000202 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02184/2015

Demandante: DISO MADRID S.L.

Procurador: DON LUDOVICO MORENO MARTÍN,

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. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de septiembre 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 202/2015, el recurso contencioso-administrativo formulado por **DISO MADRID S.L.** representada por el procurador don Ludovico Moreno Martín, 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 206.780 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 28 de abril de 2015, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 4 de Mayo de 2015, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO .- Se formalizó la demanda mediante escrito presentado el 18 de Septiembre 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 11 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 una sanción de multa de 206.780 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:

[...] 14. DISO MADRID S.L. 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 diciembre de 2012. [...]

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

[...] 13. DISO MADRID S.L.: 206.780 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 A.N.T. 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 cártel.
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 .- Frente a esta resolución se alza la entidad DISO S.L. y en su escrito de demanda solicita su nulidad. Como motivos, de manera sucinta invoca (i) la nulidad de la resolución impugnada por la ausencia del preceptivo informe del resto de los órganos de competencia de las Comunidades Autónomas implicadas; (ii) en la responsabilidad exigida no existe prueba directa alguna de acuerdo de fijación de precios entre los concesionarios de OPEL de la zona de Madrid y en definitiva la falta de culpabilidad de la sanción impuesta y los límites temporales a los que se extiende la sanción; (iii) defectos de motivación en su graduación.

El abogado del Estado solicita su desestimación combatiendo cada uno de los argumentos esgrimidos por la demanda.

TERCERO .- 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 DISO S.L. en el folio 10 como una empresa con domicilio en Alcobendas, Madrid, que se constituyó el 30 de septiembre de 2010, si bien comenzó la comercialización en marzo de 2011. Las actividades desarrolladas son la comercialización de vehículos nuevos, piezas de recambio y todo tipo de accesorios OPEL, la venta de vehículos usados de todas las marcas y la reparación de vehículos de todas las marcas DISO 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 A.N.T. 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, 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 DISO S.L. se identificaron facturas expedidas por ANT a esta entidad, recabadas en la inspección de ANT (folios 70 a 83; 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).

CUARTO .- Respecto de la concreta situación de DISO S.L., se alega en primer término la nulidad de la resolución impugnada por la ausencia del preceptivo informe del resto de los órganos de competencia de las Comunidades Autónomas implicadas, a cuyos territorios, expresamente reconoce la resolución, se hizo extensiva la conducta sancionada, concretamente, a la Comunidad Autónoma de Galicia y a la de Castilla la Mancha.

En las SsAN de 24 de mayo de 2019, recursos 266/2015 y 278/2015, donde se invocaban idénticas razones con ocasión de este mismo cártel, recogimos que la documentación recabada revela actuaciones que comprenden dos "Zonas" que delimitan otros tantos cárteles diferenciados en el sentido de que constituyen otras tantas tomas de contacto directas entre concesionarios, teniendo en cuenta que los concesionarios alcanzan un ámbito de influencia mayor que el de la provincia en la que se ubican físicamente, extendiéndose a las provincias limítrofes, pudiendo el cliente desplazarse a dichos establecimientos si le resulta más beneficiosa la oferta del concesionario de otra provincia, no necesariamente dentro de la misma Comunidad Autónoma, avalando así una consideración supra- autonómica del mercado relevante.

QUINTO .- En segundo lugar, aunque en varios apartados, sostiene que para la responsabilidad exigida no existe prueba directa alguna de acuerdo de fijación de precios entre los concesionarios de OPEL de la zona de Madrid. Niega la existencia de intercambio de información sobre precios y condiciones entre concesionarios. Al contrario, todo se enviaba directamente a ANCOPEL sin que fuera reenviado ni por esta entidad ni por ANT a los concesionarios. DISO S.L. se constituyó en septiembre de 2010 y no comenzó su actividad comercial hasta marzo de 2011, dejando voluntariamente de contratar los servicios de ANT en diciembre de 2012.

En síntesis, lo que sostiene es la falta de culpabilidad de la actora en los hechos que le han sido imputados y por los que se la sanciona. Por ello, nos toca enjuiciar si los elementos sobre los que se asienta la responsabilidad superan el estándar de culpabilidad mínimo exigible para que la sanción fuera viable.

Como ha dicho esta Sala y Sección en anteriores ocasiones, 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 DISO S.L., 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 70 a 83). 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.

En el presente caso no existe controversia alguna de que DISO S.L. se constituyó en septiembre de 2010 y no comenzó su actividad comercial hasta marzo de 2011. Las facturas emitidas por ANT, en los folios 70 a 73, por los servicios del cliente indiscreto van de agosto de 2011 a diciembre de 2012, lo que en principio podría excluir los meses de enero a julio de 2011. 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 DISO S.L. 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 julio de 2011, sino a todo el año como hace la resolución sancionadora.

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 agosto de 2011 a diciembre de 2012, periodo que coincide con la prestación de servicios de ANC.

SEXTO .- 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.

SÉPTIMO .- 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 **DISO MADRID S.L.** 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, con la anulación de la resolución impugnada en los términos expresados en la presente sentencia, 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 **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 20/09/2019 doy fe.