



Roj: **SAN 1964/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1964**

Id Cendoj: **28079230062020100160**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/07/2020**

Nº de Recurso: **302/2016**

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: 0000302/2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03431/2016

Demandante: TALLERES PRIZÁN 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. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de julio de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **302/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **TALLERES PRIZÁN S.A.** representado por la procuradora doña Isabel Campillo García, contra la resolución de 28 de abril de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0505/14, por la que se le impuso una sanción por importe de 223.188 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 1 de julio de 2016, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 12 de julio de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito presentado el 13 de octubre de 2016 en el que solicita la nulidad de la resolución impugnada por diversos motivos: (i) la vulneración del principio de presunción de inocencia, puesto que la sanción se basa en meros indicios e inferir de ellos acuerdos inexistentes y, en todo caso, que no se deducen necesariamente de los documentos que constan en el expediente y, si acaso, que el intercambio de información no supuso una disminución del grado de incertidumbre sobre el funcionamiento.; (ii) la vulneración del principio de tipicidad: inexistencia de hechos que puedan ser calificados como infracciones del artículo 1 de la LDC; y (iii) que el sistema de determinación de la sanción no fue ajustado a Derecho. Terminó con el suplico instando «[s]e declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y decrete su íntegra anulación; subsidiariamente, se solicita la reducción de la sanción, o bien se ordene a la CNMC que practique la reducción de la misma, teniendo en cuenta los criterios para dicha reducción que han sido expuestos a lo largo del presente escrito, y especialmente para limitarla al importe de beneficio de la actividad investigada que ha sido acreditado con el presente escrito. [...]».

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

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2020 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 28 de abril de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0505/14, por la que se le impuso, entre otras, a TALLERES PRIZÁN S.A. (en adelante PRIZÁN) una sanción por importe de 223.188 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, y en lo sucesivo LDC).

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:

«PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entra dentro de la definición de cártel.

SEGUNDO.- Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

9. TALLERES PRIZÁN, S.A., por su participación en el cártel de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de servicios, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre concesionarios de la marca CHEVROLET desde al menos enero de 2011 a enero de 2012.

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

(...)

8. TALLERES PRIZÁN, S.A.: 223.188 euros [...]».

SEGUNDO.- En el escrito de demanda al que hemos hecho sucinta referencia en los antecedentes de hecho lo primero que hace es cuestionar como se ha justificado la culpabilidad de la infracción cometida, en lo que considera una infracción del principio de presunción de inocencia. Este argumento se reproduce en otros tantos recursos en los que firman el escrito rector la misma representación y dirección técnica, y sin perjuicio de la respuesta que en esos procesos podamos dar, lo cierto es que el análisis de este motivo de impugnación debe ceñirse a los concretos términos en los que la resolución colectiva impone, concreta y motiva la sanción a quien ahora y en este procedimiento recurre.

Hacemos esta previa advertencia porque la decisión que aquí tomamos podría tener un sesgo distinto al que pudiéramos dar en otros recursos entablados contra el mismo acuerdo sancionador, examinado desde la perspectiva de quienes en esos procesos lo impugnan.

Lo primero que nos exige esta alegación es centrarnos en los datos destacados por la resolución y, sobre todo, en los que consideró como hechos probados. Solo así podremos poder apreciar los presupuestos fácticos en los que se sustenta la culpabilidad de PRIZÁN y como se razona sobre ella.



1.- La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la LDC, y del artículo 101 del TFUE.

2.- Se indica en el folio 6 que reconoció PRIZÁN en la contestación a un requerimiento de información, que había recibido los servicios de ANT SERVICIALIDAD SL (el cliente indiscreto) entre los meses de abril a noviembre de 2011, y se recoge que «el tipo de servicio prestado era la realización de Estudios de Mercado en los cuales se inspeccionaba mediante el uso de El Cliente Indiscreto la actuación de nuestro propio personal de ventas en los aspectos de trato al cliente y cumplimiento de los estándares de ventas que nos impone Chevrolet España. Como nos indican desde Chevrolet España, las valoraciones que hacen nuestros clientes de nuestro trabajo son de suma importancia conocerlas y analizarlas para poder mejorar nuestro Trabajo» (folios 391 a 393 del expediente).

3. Destaca en el folio 8 del acuerdo sancionador, que PRIZÁN, con domicilio en c/Argentina, 2, Alcorcón (Madrid), fue constituida el 23 de julio de 1969, siendo su objeto social la fabricación, montaje, venta, comercialización y reparación de vehículos de transporte, así como el alquiler de grúas. La venta y reparación de automóviles CHEVROLET se realizaba desde septiembre de 2005, si bien dejó de ser concesionario oficial de la citada marca el 30 de junio de 2014. El volumen de negocios de TALLERES PRIZÁN en 2015 ascendió a 31.884.000€ (folio 11434).

4.- Describe el mercado y su marco normativo a partir del folio 9, identificando los posibles acuerdos verticales en el sector su alcance y restricciones. Continúa con la definición de vehículo a motor por nuestro derecho interno y los criterios de selección cualitativos del sector de la distribución y las directrices del proveedor en cuanto a la organización de la actividad comercial y de servicio postventa; acto seguido se centra exclusivamente en las directrices de la marca CHEVROLET, el plan de reorganización que sufrió la empresa y la descripción del mercado afectado, la oferta y la demanda del folio 12 al 19 del acuerdo sancionador.

5.- Es a partir del folio 19, al comienzo de los hechos de la resolución sancionadora, donde podemos destacar:

4.a) Se parte de la información obtenida en la inspección realizada los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia (DC) a las empresas incoadas; de donde «se han obtenido evidencias de la existencia de un cártel» desde enero de 2011 a enero de 2012. Destaca la participación de esta empresa externa, de la que ya tiene referencia por la participación en otros expedientes sancionadores, contratada por los propios concesionarios cuyo cometido era llevar a cabo el control del cumplimiento de los acuerdos previamente adoptados por las empresas, a través de visitas periódicas a los participantes del cártel.

4.b) Identifica los «estudios de política comercial» o «estudios de mercado» que realiza ANT, señala la información que se recaba de los que se hacían pasar por compradores, y el informe mensual que se remitía a los concesionarios, con el objeto de evitar la guerra de precios y homogeneizar descuentos. La información iba canalizada a través de CORREDOR GIL MOTOR, interlocutor de los integrantes de la Red CHEVROLET Madrid con ANT, aportando nutrida información de los contactos mantenidos entre ambas empresas a través de diferentes correos electrónicos referenciados en la resolución sancionadora.

4.c) Afirma, en el folio 23, que en este cártel ha participado, entre otros, PRIZÁN, y se mencionan las facturas de ALCARREÑA, ROAUTO, SELIAUTO, VIÑARCAR, AUTOTODO, ROCEÑA DE TURISMOS, MOTOR ALUCHE, CORREDOR GIL MOTOR y TUVISA.

4.d) Se indica en el folio 34 que el Gerente de CORREDOR GIL MOTOR envió un correo electrónico al Director Comercial de ANT, en el que adjunta los ficheros correspondientes con las nuevas condiciones adoptadas por el cártel, tanto en relación con los precios, como con los descuentos permitidos, las operaciones de libre disposición y las áreas de actuación, y que los concesionarios participantes en el cártel estaban especialmente interesados en que los evaluadores de ANT en sus visitas a estos concesionarios hicieran hincapié en el seguimiento del cumplimiento de los precios acordados por el cártel. El correo de 9 de noviembre de 2011 en copia a PRIZÁN no figura abierto por esta entidad.

4.e) Los resultados de las evaluaciones realizadas tras las visitas efectuadas en noviembre de 2011 se trasladaron a través del correspondiente informe elaborado por ANT y remitido por esta el 13 de diciembre de 2011 a los Gerentes de ALTUSA, AUTOTODO, COSDILER, CORREDOR GIL MOTOR, MOTOR ALUCHE, ROAUTO, ROTUSA, SELIAUTO, TALLERES PRIZÁN, TUVISA y VIÑARCAR, (folio 33) si bien esta última empresa se dio de baja el 14 de noviembre de 2011.

4.f) Termina la relación de hechos probados puntualizando que «constan las facturas expedidas por ANT hasta enero de 2012 a ALCARREÑA, ROAUTO, SELIAUTO, VIÑARCAR, AUTOTODO, ROCEÑA DE TURISMOS, MOTOR

ALUCHE, CORREDOR GIL MOTOR y TUVISA, que evidencian la existencia de la relación comercial entre ANT y los concesionarios para llevar a cabo el seguimiento de los acuerdos, al menos hasta dicha fecha.» (folio 36).

TERCERO.- A pesar de la genérica formulación con la que el escrito de demanda invoca la falta de motivación del acuerdo sancionador, debemos analizar cómo se ha justificado en la resolución impugnada la culpabilidad de la infracción cometida por PRIZÁN, que también enlaza la actora con una infracción del principio de presunción de inocencia. Este argumento se reproduce en otros tantos recursos en los que firman el escrito rector la misma representación y dirección técnica, lo que no implica que la decisión que aquí tomamos coincida con lo que en otros recursos hayamos podido decir sobre esta cuestión, en la medida que debemos examinar la motivación de la culpabilidad en cada uno de los supuestos integrantes en el cártel y en función de los razonamientos que la Administración ha seguido para describir y valorar sus conductas.

Nos toca enjuiciar si los elementos sobre los que se asienta la responsabilidad de PRIZÁN superan el estándar mínimo en torno a la motivación de la culpabilidad, exigible para que la sanción sea viable.

En torno a la culpabilidad y a su motivación, hemos afirmado en anteriores ocasiones, entre otras en sentencias de 9 de junio de 2016, recurso 551/13; 26 de marzo de 2019, recurso 523/2015; 17 de septiembre de 2019, recurso 202/2015; 25 de septiembre de 2019, recurso 252/2019 y 2 de octubre de 2019, recurso 254/2019, que 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 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, C-116/85, C11 7/85 y C125/85 a C12 9/85, Rec. p. 11307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T62 /98, Rec. p. 12707, apartados 43 y 72).

Es cierto que, con carácter general, la integración de la motivación por remisión ha sido admitida, y valga por todas la SsTS de 11 de febrero de 2011, recurso 161/2009, (FJ 5º) o 29 de marzo de 2012, recurso 368/2009, (FJ 5º). Sin embargo, no puede confundirse esta forma de motivar una resolución sancionadora, a través de llamadas a concretos datos o trámites del expediente con el que se completa el acuerdo, con el hecho de que la resolución sancionadora sea sustituida o suplida, para cumplir con esta inexorable garantía, por un acto o un distinto momento del procedimiento de instrucción. Y mucho menos, poniendo en la tesitura a quienes revisan la legalidad de la resolución sancionadora para que suplán la falta de motivación del acuerdo, indagando con datos que pudieran obrar en el expediente no traídos a colación por el acuerdo y que podrían y deberían haber sido valorados a los efectos de justificar la culpabilidad del infractor.

Sin embargo, no podrán ser sancionados si a pesar de participar directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, no se haya «[a]creditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo [...]», STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 44).

CUARTO.- Dicho esto, lo relevante es comprobar cómo encaja esa doctrina en el acuerdo sancionador que sometemos a revisión.

A pesar de su extensión (90 páginas aproximadamente, incluido el voto particular), la Administración comete respecto de PRIZÁN ciertas omisiones descriptivas y valorativas que hacen difícil justificar la conducta infractora imputada a PRIZÁN.

La resolución incluye y considera partícipe a la actora en el acuerdo colusorio, y así lo hace en el folio 23, pero sin un detallado razonar de cómo, cuándo, o quién, en nombre de la empresa, participó en la toma de decisiones y en la gestación de los acuerdos ya fuera participando de manera activa o de forma pasiva con su sola presencia, o a través de la aceptaciones expresas o tácitas.

Si nos centramos en el relato de hechos probados, donde además se incluyen ciertas valoraciones o conclusiones que debieran permanecer extramuros de esta parte del acuerdo sancionador, son escasos los datos incriminadores referidos a PRIZÁN, es más, en varios apartados donde se incluyen y refieren al resto de las empresas, ni tan siquiera aparece quien aquí recurre citada.

No basta con afirmar con que PRIZÁN ha sido partícipe en un cártel que nos consta que existió. Debe el acuerdo sancionador concretar en la resolución en la que se materializa el castigo, cuáles son los elementos fácticos que le llevan a esta conclusión.

No incluye respecto de PRIZÁN ningún razonamiento en el que se expliquen las conclusiones a las que llega la resolución y la apodíctica afirmación con la que empieza el acuerdo. Y es que llama la atención, en contra de lo que ocurre con el resto de las empresas implicadas en el cártel, que en los apartados en los que se debería de justificar la implicación o participación de PRIZÁN nada se valore al respecto.

Algunas partes del acuerdo son especialmente relevantes en cuanto a estas omisiones o falta de concreta valoración, como por ejemplo cuando ni tan siquiera se identifica o refiere a factura de esta empresa en contra de lo que ocurre cuando expresamente se citan las de ALCARREÑA, ROAUTO, SELIAUTO, VIÑARCAR, AUTOTODO, ROCEÑA DE TURISMOS, MOTOR ALUCHE, CORREDOR GIL MOTOR y TUVISA (folio 36). Tampoco se hace valoración alguna del correo entre el gerente de CORREDOR GIL MOTOR y el Director Comercial de ANT del 9 de noviembre de 2011, que aparece como «no abierto» por PRIZÁN.

En cuanto al resto del acuerdo sancionador, en la fundamentación jurídica no hay más referencias a PRIZÁN. Las únicas que podemos destacar son para establecer los criterios de graduación en relación al volumen de negocio cifrado en 31.884.000 euros (folio 67), al tipo sancionador fijado en el 0,7 (folio 72), y a la proporción del volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) respecto de su volumen de negocio total (VNT), 5,8% (folio 73), para terminar con la fijación de la sanción por el importe ya conocido en el folio 74.

La Sala puede albergar serias sospechas de la participación PRIZÁN en el cártel, que seguramente la tuvo. Pero no le corresponde a la Sala ni completar ni suplir ni integrar la motivación del acuerdo sancionador de quien tiene la potestad de sancionar. Nuestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor.

Tampoco podemos suplir el acuerdo sancionador con extremos traídos al expediente en fases anteriores del procedimiento de instrucción, salvo expresa remisión o referencia del propio acuerdo sancionador, como podría ocurrir con el Pliego de Concreción de Hechos. Este momento del procedimiento está previsto, según el artículo 50.3 de la LDC, para recoger «[l]os hechos que puedan ser constitutivos de infracción [...]», y para que el interesado pueda contestarlo y proponer las pruebas que considere oportunas. Ni tan siquiera se contiene en este momento propuesta de resolución sancionadora que se deja para más tarde, una vez concluido el procedimiento de instrucción.

Los datos que se contienen en el acuerdo sancionador, o mejor dicho su ausencia, evidencian una magra carga probatoria en su redacción de la resolución, lo que difícilmente nos permite constatar la motivación de la participación y culpabilidad de PRIZÁN.

QUINTO.- Lo dicho nos lleva a la íntegra estimación del presente recurso en cuanto acogemos completamente la pretensión impugnatoria de la actora. No obstante, la anulación de la resolución sancionadora debe ser



solo parcial de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1.a) de la LJCA. Esto significa que el acuerdo sancionador solo resulta anulado en cuanto a la infracción y a la sanción imputadas e impuestas a PRIZÁN. Tratándose de un acuerdo sancionador colectivo, donde además resultaron sancionadas otras empresas, respecto del resto y a expensas de lo que se pueda decir en los recursos que han sido entablados, debe mantenerse en todos sus términos.

SEXTO.- La estimación del recurso supone la condena a la Administración de las costas causadas en esta instancia de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TALLERES PRIZÁN S.A.** contra la resolución de 28 de abril de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0505/14, con la anulación de la resolución impugnada en los términos expresados en el fundamento quinto de esta sentencia, con expresa condena en costas a la Administración.

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 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso 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 24/07/2020 doy fe.