



Roj: **SAN 2439/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2439**

Id Cendoj: **28079230062020100208**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/07/2020**

Nº de Recurso: **483/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000483 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05708/2016

Demandante: M. CONDE, S.A.

Procurador: D^a SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD DE MADRID

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o:

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 veintiocho de julio de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 483/16 promovido por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez en nombre y representación de **M. CONDE, S.A.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se declaró su responsabilidad solidaria respecto de las multas impuestas a las entidades A6IBERAUTO, S.L., y NASUR MOTOR, S.L., por importe de 851.522 euros y 812 euros, respectivamente. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "... se acuerde estimar el presente recurso Contencioso-Administrativo y, en consecuencia: (i) Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de marzo de 2015 (Expte. NUM000 Concesionarios Nissan); (ii) Subsidiariamente, anule el pronunciamiento Segundo en la medida en que en el mismo se establece la responsabilidad solidaria de M Conde respecto de la participación de A6IBERAUTO y NASUR MOTOR S.L. en el supuesto cártel sancionado en dicha Resolución; (iii) Subsidiariamente, y dada la responsabilidad solidaria de M Conde respecto de la responsabilidad de A6IBERAUTO y de NASUR MOTOR, S.L., en caso de que los Procedimientos Ordinarios 480/16 y 481/16 (que corresponden a los recursos contencioso-administrativo interpuestos por A6IBERAUTO contra la Resolución) se acuerde la nulidad de las sanciones impuestas a A6IBERAUTO y NASUR MOTOR, S.L., o la reducción de su importe, M Conde solicita que sea revisado el importe de la multa de la que es responsable solidaria en la misma medida que a A6IBERAUTO y NASUR MOTOR S.L."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de julio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha de 28 de julio de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se declaró su responsabilidad solidaria respecto de las multas impuestas a las entidades A6IBERAUTO, S.L., y NASUR MOTOR, S.L., por importe de 851.522 euros y 812 euros, respectivamente. La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"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, que entra dentro de la definición de cártel.

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

(...)

4. A6 IBERAUTO, S.L., y solidariamente a M. CONDE, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

(...)

7. NASUR MOTOR, S.L., y solidariamente a M. CONDE, S.A., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos enero de 2010 a mayo de 2013.

(...)

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

(...)

1. A6 IBERAUTO, S.L., y solidariamente M. CONDE, S.A.: 851.522 euros

(...)

6. NASUR MOTOR, S.L., y solidariamente M. CONDE, S.A.: 812 euros

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución (...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) La entonces Dirección de Investigación acordó iniciar una información reservada al haber tenido conocimiento de 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 en el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español.

2) En el curso de dichas actuaciones, los días 4 y 5 de junio de 2013 la Dirección de Investigación llevó a cabo inspecciones en la sede de la empresa ANT SERVICIALIDAD, S.L., y en la sede del concesionario M. CONDE S.A.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la ya Dirección de Competencia que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador NUM001 CONCESIONARIOS NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPANÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la marca Nissan.

4) Constatado que el ámbito geográfico de las posibles conductas había sido delimitado por las entidades participantes al territorio de la Comunidad de Madrid, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC propuesta de archivo del expediente NUM002; y, mediante resolución de 22 de mayo de 2014, la CNMC acordó dicho archivo y la remisión de todo lo actuado al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

5) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, el 19 de enero de 2015 la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 Concesionarios NISSAN contra las empresas A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L., HORWATH AUDITORES ESPANÑA, S.L.P., NISSAN IBERIA, S.A. y los concesionarios distribuidores de la marca Nissan: SANTOGAL AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, S.A., M. CONDE, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L. e IBERICAR REICOMSA, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC.

6) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el 27 de marzo de 2015 se formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes hicieron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 18 de junio de 2015 el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

8) Presentadas alegaciones, el 18 de septiembre de 2015 se elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

9) Con fecha 12 de enero de 2016 la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2015, o la mejor estimación disponible, con suspensión del plazo para resolver. Suspensión que fue alzada el 15 de febrero de 2016 con efectos de 13 de febrero anterior, fijando como nueva fecha de caducidad el 11 de mayo de 2016.

10) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 28 de julio de 2016 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a M.CONDE, S.A., como una empresa domiciliada en Madrid, cuyo objeto social es la comercialización, distribución, reparación de todo tipo de vehículos, recambios y accesorios y toda actividad conexas o complementaria de la anterior. Además, destaca que, de acuerdo con la información aportada por la propia empresa, "... M. CONDE controla las siguientes empresas: A6 IBERAUTO, S.L.; ANCRI, S.A.; AUTOMOTORES; MS CONDE, S.L.; CHUYVAL SEIDO, S.L.; COMAUTO PREMIUM, S.L.; COMAUTO SUR, S.L.; CONDE MOTOR, S.A.; CUATRO VIENTOS SERVICIOS DEL AUTOMOVIL, S.L.; M CONDE PREMIUM, S.L.; MACONDE INMOBILIARIA, S.L.; MOTOR CUATRO VIENTOS, S.L.; MULTICHAPA DEL SUR, S.L.; NASUR MOTOR, S.L.; SAKURAUTO, S.A.; REPARACIONES, S.L. y SURMOCION S.A."

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cual 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 éste 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 éste 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.

Señala, respecto de la forma de configuración del precio en la distribución minorista de vehículos nuevos, que es la marca la que comunica al concesionario lo que se denomina precio de venta recomendado, mientras que el concesionario fija libremente el precio final de venta de acuerdo con los criterios de su política comercial.

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 la distribución de determinados modelos de vehículos de motor nuevos de la marca NISSAN a particulares residentes en la Comunidad de Madrid. El mercado geográfico queda limitado al territorio de esta Comunidad, llegando a indicar expresamente las empresas incoadas que las condiciones pactadas no se aplicarían a clientes de otras provincias diferentes a Madrid.

Por último, analiza la estructura del mercado por el lado de la oferta y, después de haber descrito antes las peculiaridades relacionadas con el precio de adquisición del vehículo por el concesionario a la marca y la determinación del precio de venta al público, pone de relieve que existen cinco concesionarios NISSAN en la Comunidad de Madrid, IBERICAR REICOMSA, NASUR MOTOR, GAMBOA, A6 IBERAUTO, AUTOMOCION DÍAZ, todos ellos independientes de la marca, a los que habría de añadir también a SANTOGAL en el período temporal relevante a los efectos de este expediente, y cuyas relaciones con NISSAN son las previstas en el contrato de concesión de vehículos de la marca.

Desde el punto de vista de la demanda, alude 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 suponía en el total de ventas y su evolución en los años analizados.

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 en la empresa M. CONDE, así como las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información.

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 NISSAN.

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICIALIDAD, S.L., cuya actividad principal consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, los 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 concernía 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. Para ello se valía 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 y remitiendo dichas "incidencias" (es decir, los incumplimientos) a los integrantes del cártel de cada zona, facilitando así el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida.

Se refiere asimismo al papel desempeñado por HORWATH quien, conforme a lo convenido durante las reuniones, elaboraba el denominado "Protocolo de Revisión" con las condiciones pactadas para los modelos sujetos a acuerdo y que enviaba a ANT, además de revisar los expedientes de venta de los concesionarios con periodicidad mensual.

Constata entonces la existencia de un cártel integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca NISSAN.

Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante el período comprendido entre diciembre de 2009 y mayo de 2013, y tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de

descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y en el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prácticas 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 la CNMC de manera especial al 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.

Relata la resolución que NISSAN comunicaba a ANT y a HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica, y se remite para acreditarlo al correo de 22 de diciembre de 2009, obtenido en la inspección de ANT y obrante a los folios 234 y 235 del expediente, en el que se indicaba lo siguiente:

"(...) Según lo acordado en nuestra reunión de ayer, en la tabla adjunta encontraréis los datos de contacto de los concesionarios que participan en el estudio...

REICOMSA(...)BERAUTO(...)NASUR MOTOR (...) GAMBOA AUTOMOCION (...) SANTOGAL (...)

En sucesivos e-mails os iré enviando tarifas, tablas de promociones y descuentos y direcciones de sus instalaciones (...)".

La prueba, además, de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos.

Por su parte, la acreditación de la participación de HORWATH, y de su papel en el cártel, resultaría del protocolo de 2 de enero de 2010 que habría de utilizar en las auditorías conforme a lo ya pactado con NISSAN, protocolo en el que se establecían los mecanismos de intercambio de información a través de "reunión de concesiones", y que consta en el correo electrónico dirigido por HORWATH a ANT de fecha 19 de enero de 2010 bajo el asunto "Protocolo NISSAN 02-01- 10", recabado en la inspección efectuada en ANT (folios 1073 a 1078 del expediente).

Entiende además la CNMC que el envío por ANT a los partícipes en el cártel de la información estratégica y sensible de todos los concesionarios ha quedado acreditada también en el expediente, y se refiere en particular al correo (folios 1100-1101) que envió ANT el 15 de marzo de 2010 donde adjuntaba información relativa a todos los concesionarios -también A6 IBERAUTO- y respecto de determinados modelos de vehículos de la marca.

Prueba de tales envíos la constituiría el correo electrónico de ANT remitido a todos los partícipes en los acuerdos el 15 de marzo de 2010 (folio 225), con informe de los resultados del mes de febrero; o el de 13 de mayo siguiente, donde ANT reflejaba la tabla definitiva resumen de las llamadas "incidencias" y en el que, de nuevo, figura el acuerdo sobre precios y transmisión de información entre los concesionarios implicados (folios 1119 a 1121).

También existen convocatorias de reuniones, y así la realizada por HORWATH a través de correo electrónico de 6 de junio de 2011 con destinatarios en copia oculta -folio 1122- a fin de que se compartiesen los listados de accesorios para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión; diversos correos dirigidos por ANT a NISSAN a lo largo de 2012, adjuntando informes, entre otros, de los concesionarios NASUR y A6 IBERAUTO, realizados por un evaluador Mystery Shopper en los meses inmediatamente anteriores a los correos (folios 1124, 1143, 1147, 1152, 1164, 1196, 1246), y remisión de información por parte de ANT que, en el año 2013, acreditaría la continuidad del cártel también entonces (folios 1271, 1276 y 1283 y siguientes).

Por último, entre las pruebas acreditativas de la existencia y pervivencia del cártel durante todo el período de la imputación cita la resolución recurrida un documento de fecha 29 de marzo de 2013 (denominado Anexo III, y que obra al folio 384) que contiene un listado de precios desglosados por cliente y en el que aparecen varias de las empresas incoadas, entre ellas NASUR y A6 IBERAUTO (éstos dos últimos con su nombre diferenciado pero bajo la referencia común de *NISSAN MADRID TALLER M. CONDE*) con las tarifas que debían aplicarse por la realización de los estudios de mercado .

Tras valorar las pruebas reunidas en torno a la participación de los concesionarios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión desde, al menos, diciembre de 2009, y hasta mayo de 2013, de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC cometida por parte A.N.T. SERVICIALIDAD, S.L, Horwath Auditores España, S.L.P, NISSAN Iberia, S.A. y por los concesionarios distribuidores de la marca Nissan SANTOGAL AUTOMOVILES, S.L., GAMBOA AUTOMOCION, S.A., AUTOMOCION DIAZ, S.A., A6 IBERAUTO, S.L., NASUR MOTOR, S.L., IBERICAR REICOMSA, S.A. y M. GONDE, S.A.; infracción que se



incluiría dentro de la definición de cártel en la medida que empresas competidoras adoptaron acuerdos sobre intercambio de información estratégica y comercialmente sensible para fijar descuentos y condiciones comerciales, homogeneizando las condiciones de comercialización en la venta de vehículos nuevos de la marca NISSAN en la Comunidad de Madrid, y restringiendo de este modo la competencia en el sector de la distribución minorista de vehículos de esa marca con el consiguiente perjuicio para el consumidor en la citada zona.

TERCERO.- Teniendo presente el ámbito geográfico definido en relación a este cártel, las conductas que se imputan a las distintas empresas intervinientes y la prueba en que, en síntesis, se sustenta, razones de sistemática procesal justifican que abordemos en primer lugar el motivo de la demanda que denuncia la ilicitud de las pruebas obtenidas en la sede de ANT respecto lo cual advierte que *"La inspección de las autoridades de defensa de la competencia en la sede de una empresa supone la afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio"*, además de que *"el ejercicio de las facultades de inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) el objeto y la finalidad de la inspección"*, siendo así que, a su juicio, la Comisión habría vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución toda vez que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNMC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídicas, debiendo en todo caso abstenerse de utilizar una prueba que califica de ilícita para fundar la imputación de cualquiera de las entidades finalmente sancionadas.

Varias consideraciones obligan a rechazar también esta pretendida causa de nulidad, como ha tenido ocasión de manifestar la Sala en anteriores pronunciamientos en que se ha hecho idéntica alegación.

En primer lugar, no puede dejar de significarse que se denuncia la violación del artículo 18 de la Constitución, cuando es lo cierto que la empresa reclamante no sería en ningún caso la titular de ese derecho, titularidad que correspondería solo a la empresa inspeccionada, es decir, ANT, en cuya sede se localizó la documentación incriminatoria.

Por otra parte, la entrada en la sede de ANT contaba con autorización judicial otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio siguiente.

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

La orden contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT que vinculaba, además, su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de las marcas SEAT, VW y AUDI, pero no NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que le atribuye M. CONDE.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, recurso núm. 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión en estos términos:

"QUINTO.- Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".



Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección acreditativas de la participación de NASUR y A6IBERAUTO en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que se pudieran imputar a concesionarios de las marcas SEAT, AUDI y VW han de considerarse válidas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación a la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica del mismo se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

Por último, es cierto, como destaca la demanda, que en la orden de inspección de 28 de mayo de 2013 la CNMC autorizó a seis funcionarios (D. Conrado , D^a Esther , D^a Francisca , D. Eutimio D. Gabino y D. Gustavo) a realizar la inspección en la sede de ANT.

Sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Gabino en la relación de inspectores autorizados. Se trata claramente de un mero error pues, en otro caso, el auto tendría que haber razonado por qué le excluía, y es lo cierto que nada se dice al respecto. Por lo tanto, no cabe sino concluir que el auto avala la orden de investigación que incluía a los inspectores, perfectamente identificados, que iban a llevarla a cabo.

La intervención del Sr. Gabino no arrastra la nulidad de la inspección si se tiene en cuenta que, como resulta del acta correspondiente, ANT no opuso reparo alguno a su actuación, que consistió en recabar información del ordenador de D^a Petra , responsable de Administración, y de D. Lucio , responsable de calidad de ECI, así como a descargar los archivos digitales contenidos en el smartphone de D. Paulino .

A partir de ahí, corresponde a la demandante identificar qué elementos de prueba fueron obtenidos por un inspector no autorizado para ello con el fin de valorar la incidencia que esa prueba pudo tener en el conjunto del material intervenido. Y al no hacerlo así, no puede pretender que su intervención tenga alguna relevancia sobre la validez de lo actuado.

CUARTO.- El otro de los motivos en que se sustenta la demanda se refiere a la falta de vinculación suficiente entre M. CONDE y A6IBERAUTO para suponer que forman parte de una unidad económica y, por tanto, para poder considerar que la primera ha de responder de modo solidario de la sanción de multa impuesta a la segunda, recordando que NASUR MOTOR, S.L., fue absorbida por A6 IBERAUTO, S.L.

Para justificarlo, describe la entidad recurrente la distribución del accionariado de A6IBERAUTO (y NASUR MOTOR, S.L. antes de su absorción) del siguiente modo:

"(a) El 1% de las acciones están en manos de una persona física, D. Sixto .

(b) El restante 99% de las acciones es propiedad de la empresa MACONDE INMOBILIARIA S.L., cuyas participaciones, a su vez, se reparten como sigue entre cuatro socios personas físicas, todos ellos miembros de la familia Alexander Graciela Margarita Sixto :

- (i) 27 % de las acciones son propiedad de D. Alexander ;*
- (ii) 27 % de las acciones son propiedad de Dña. Margarita ;*
- (iii) 23 % de las acciones son propiedad de Dña. Graciela ; y*
- (iv) 23 % de las acciones son propiedad de D. Sixto .*

Por otro lado, las acciones de M Conde se reparten directamente entre cuatro socios, todos ellos personas físicas y miembros de la familia Alexander Graciela Margarita Sixto :

- (a) 3% de las acciones son propiedad de D. Alexander ;*
- (b) 3% de las acciones son propiedad de Dña. Margarita ;*
- (c) 7% de las acciones son propiedad de Dña. Graciela ;*
- (d) 87% de las acciones son propiedad de D. Sixto ".*

Advierte que "Como se puede observar, los dos accionistas mayoritarios de A6IBERAUTO (y NASUR MOTOR, S.L. antes de ser absorbida por A6IBERAUTO) son D. Alexander (27% de las acciones de MACONDE INMOBILIARIA S.L.) y Dña. Margarita (27% de las acciones de MACONDE INMOBILIARIA S.L.). Por otro lado, los dos accionistas mayoritarios de M Conde son Dña. Graciela (7 % de las acciones) y D. Sixto (87 % de las acciones). En definitiva, cabe concluir que no existe una identidad total de accionistas en el capital social de A6IBERAUTO y M Conde y que los accionistas mayoritarios de ambas empresas no coinciden".



Además, se refiere al funcionamiento interno de M. CONDE y, si bien reconoce que "... tanto A6IBERAUTO como M Conde tienen los mismos administradores solidarios (D. Sixto y D. Alexander)", destaca que "...el gerente de M Conde (Alexander) no es el mismo que el gerente de A6IBERAUTO (Norberto)".

Y concluye sobre este extremo que *"Teniendo en cuenta que el puesto de gerente es el puesto de dirección más alto de cada uno de los concesionarios, cuesta aceptar la afirmación de la CNMC contenida en la Resolución"*.

Entendemos, no obstante, que la vinculación que acredita la resolución recurrida permite sostener la exigencia de responsabilidad solidaria a M. CONDE.

Como hemos expuesto en sentencia de 28 de junio de 2019, recaída en el recurso núm. 281/2015 interpuesto también por M. CONDE, S.A., contra otra resolución de la CNMC que declaraba su responsabilidad solidaria en un cártel de concesionarios de otra marca de vehículos, uno de los conceptos en los que el enfoque económico del derecho de la competencia resulta más evidente es en el concepto de empresa, que no se corresponde necesariamente con el de sociedad en sentido mercantil, sino con el de unidad económica de decisión, y que incluye por ello a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control. El concepto de empresa en el ámbito del derecho de la competencia se ha desarrollado por la jurisprudencia comunitaria, que ha señalado que en esa materia el término empresa designa a una unidad económica en relación con el objeto del acuerdo en cuestión, con independencia de que legalmente dicha unidad económica consista en varias personas, físicas o jurídicas. Y, además, la jurisprudencia comunitaria vincula la responsabilidad a la falta de autonomía de una sociedad dependiente respecto a su sociedad dominante.

Ejemplo de esa jurisprudencia es la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C- 434/13 P) y las sentencias del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 (dos sentencias con esa fecha), dictadas estas en los asuntos T-562/08 y T-558/08, en las se indica que es posible exigir responsabilidad solidaria a la sociedad matriz que sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital social de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, y ello porque existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial. Ciertamente, la presunción iuris tantum de la influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial puede quedar desvirtuada si demuestra que la filial actuó en todo momento al margen de la matriz y desobedeciendo de manera recurrente las instrucciones de ésta.

Y esa presunción se establece porque se considera que actúan como una única entidad económica. Unidad económica que también puede tener lugar cuando, sin llegar a tener la sociedad matriz la totalidad o la casi totalidad del capital social de la filial, se demuestra, no obstante, que existen entre ambos vínculos organizativos, económicos y jurídicos que permiten presumir la existencia de una única entidad económica.

Concretamente, en la sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012, asunto T 343/06, se advierte que el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 TCE incluye a entidades económicas que consisten, cada una de ellas, en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma (sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2011, Uralita/Comisión, T 349/08, apartado 35). En este contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico esta unidad económica este constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, Rec. p. I 11987, apartado 40). Y ello implica que la conducta contraria a la competencia de una empresa puede imputarse a otra cuando aquélla no ha determinado de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que ha aplicado, esencialmente, las instrucciones impartidas por esta última, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos y jurídicos que las unían (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Metsa Serla y otros/Comisión, C 294/98 P, Rec. p. I 10065, apartado 27; de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P, Rec. p. I 5425, apartado 117, y de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, Rec. p. I 8237, apartado 58).

Así, se puede imputar el comportamiento de una filial a la sociedad matriz cuando la filial no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica esencialmente las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, constituyendo las dos empresas una unidad económica, como sostiene el Tribunal de Justicia en sentencia de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical, Industries/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartados 133 y 134.

Además, el Tribunal General en dicha sentencia ha declarado:

38. Por lo tanto, no es una relación de instigación respecto a la infracción entre la sociedad matriz y su filial ni, con mayor motivo, una implicación de la primera en dicha infracción, sino el hecho de que constituyan una



sola empresa en el sentido antes mencionado, lo que habilita a la Comisión para dirigir la decisión a la sociedad matriz de un grupo de sociedades. En efecto, procede recordar que el Derecho de la competencia de la Unión reconoce que diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo constituyen una única entidad económica y, por ende, una empresa en el sentido de los artículos 81 CE y 82 CE si las sociedades de que se trata no definen de manera autónoma su comportamiento en el mercado (sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T 203/01, Rec. p. II 4071, apartado 290).

39. *En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial autora del comportamiento infractor, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia (véase la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 supra, apartado 60, y la jurisprudencia citada).*

40. *En estas circunstancias, basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial es titular de la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce efectivamente una influencia determinante en la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir dicha presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (sentencias Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, citada en el apartado 31 supra, apartado 29, y Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 supra, apartado 61).*

(...)

42. *Por lo que se refiere a los elementos que debe aportar una sociedad matriz para destruir esta presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante en su filial enteramente participada, el juez de la Unión considera que incumbe a aquélla someter a la apreciación de la Comisión y posteriormente, en su caso, del juez de la Unión todos los elementos que estime útiles para demostrar que no constituyen una entidad económica única, relativos a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos que unen a esa filial con la sociedad matriz, los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva (sentencia Akzo Nobel/Comisión, citada en el apartado 37 supra, apartados 72 a 74)".*

En el caso que ahora analizamos, la CNMC entendió que entre M. CONDE y A6IBERAUTO existen vínculos organizativos, económicos y jurídicos que demuestran que son una única entidad económica, lo cual implica que esta última entidad no tuvo un comportamiento autónomo en el mercado en el que se han realizado las conductas colusorias sancionadas, las cuales se harían llevado a cabo con el conocimiento de M. CONDE, a quien se le ha declarado responsable solidario.

La Sala concluye también que existe esa unidad económica con arreglo a los siguientes criterios:

a) Accionariado: entre ambas empresas existe un accionariado común por cuanto son comunes las personas físicas titulares de las acciones de las dos. Así, en A6IBERAUTO (y en NASUR MOTOR antes de ser absorbida por esta), las acciones pertenecen a las mismas personas físicas que poseen las acciones de M. CONDE, miembros de la familia

b) Organización y dirección de las empresas: como refleja la resolución recurrida, las personas físicas administradores de M. CONDE, MACONDE INMOBILIARIA, S.L., A6 IBERAUTO y NASUR MOTOR son además administradores de ambas sociedades y, en el caso de uno de ellos, ostenta además el cargo de Director General de M. CONDE.

c) Publicidad: respecto de terceros ambas empresas están muy relacionadas por cuanto en la página web de M. CONDE se hace publicidad del concesionario IBERAUTO que comercializa vehículos de la marca NISSAN.

Todo ello permite concluir que M. CONDE y A6IBERAUTO constituyen una unidad económica, lo que posibilita que la primera conociera y condicionara la actividad desarrollada por A6IBERAUTO en el mercado.

Por lo que no cabe sino confirmar la derivación de responsabilidad solidaria a M. CONDE por la conducta desarrollada por dicha empresa.

QUINTO.- Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez en nombre y representación de **M. CONDE, S.A.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 CONCESIONARIOS NISSAN mediante la cual se declaró su responsabilidad solidaria respecto de las multas impuestas a las entidades A6IBERAUTO, S.L., y NASUR MOTOR, S.L., por importe de 851.522 euros y 812 euros, respectivamente, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora

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

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 21/09/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJDO