



Roj: **SAN 2450/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2450**

Id Cendoj: **28079230062020100217**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/07/2020**

Nº de Recurso: **414/2016**

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: 0000414 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04949/2016

Demandante: HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P

Procurador: DOÑA MÓNICA CALERO PÉREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

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 treinta y uno 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 414/2016, el recurso contencioso- administrativo formulado por **HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.** representada por la procuradora doña Mónica Calero Pérez, contra la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso una sanción por importe de 34.000 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 los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto tras la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito presentado en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[r]esuelva estimar íntegramente el recurso jurisdiccional deducido y, en consecuencia, declare nula la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 28/07/2016 impugnada, la revoque y deje sin efectos la sanción en concepto de multa impuesta a mi representada por importe de TREINTA Y CUATRO MIL (34.000.-) EUROS; o, subsidiariamente, acuerde estimar parcialmente el meritado recurso y, en su virtud, reduzca el montante de la sanción impuesta a HORWATH, conforme a lo expresado en el cuerpo del presente escrito [...]».

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

CUARTO.- Ha comparecido en calidad de codemandada la Comunidad Autónoma de Madrid, representada por su letrado.

QUINTO.- Tras el trámite de conclusiones, instado directamente en la demanda, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2020.

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 la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso a la actora una sanción por importe de 1.939.964 euros.

La parte dispositiva de este acuerdo y en lo que se refiere a HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P. (en adelante HORWATH) establecía:

«[P]RIMERO.- 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:

(...)

2. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P., por su participación en el cártel de concesionarios de la marca NISSAN desde al menos diciembre de 2009 a mayo de 2013.

(...)

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

(...)

4. HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.: 34.000 euros.

(...)

CUARTO.- Declarar prescrita la conducta respecto de AUTOMOCIÓN DÍAZ, S.A., y proceder al correspondiente archivo de las actuaciones.

QUINTO.- Acordar la confidencialidad de la información aportada por las empresas en los términos señalado en el Fundamento de Derecho 5.8.

SEXTO.- Instar a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Viceconsejería de Economía e Innovación de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución [...]».

SEGUNDO.- Como antecedentes relevantes a los efectos de la resolución del presente litigio podemos destacar 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 S/0485/14 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 S/0485/13; 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 SA09/2014 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 con 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 del 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.

TERCERO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, lleva a cabo una descripción de cada una de las entidades que participaron en el cártel, identificando domicilio y objeto social, así como una sucinta descripción de su actividad.

Pasa a delimitar el mercado afectado, pero ante 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 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 a 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, AUTOMOCIÓN DÍAZ, todos ellos independientes de la marca, a los que habría de añadirse también a SANTOGAL en el periodo 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 «[m]anifiesta 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 (...)

IBERAUTO (...)

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

En sucesivos e-mails os iré enviando tarifas, tablas de promociones y descuentos y direcciones de sus instalaciones [...]».

Además, la prueba 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 estos.

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 a la entidad ahora recurrente, NIBSA, y al correo que le envió ANT el 15 de marzo de 2010 donde adjuntaba información relativa a todos los concesionarios 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 del 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; y remisión de información por parte de ANT que, en el año 2013, acreditaría la continuidad del cártel también entonces (por ejemplo, la enviada a GAMBOA en fechas 18 y 25 de febrero de 2013, con detalles de ofertas, precios y otros, que consta en los 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 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. SERVICALIDAD, 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.

CUARTO.- La actora, en su escrito de demanda y tras una detallada descripción de cómo se sucedieron los acontecimientos, en los fundamentos de derecho comienza con negar la existencia de la infracción y con ello



la improcedencia de la imposición de una sanción, puesto que los comportamientos que se le imputan a la mercantil no resultan subsumibles en el tipo sancionador invocado por la Administración, reproduciendo las alegaciones que hizo frente al Pliego de Concreción de Hechos (PCH). HORWATH es una empresa de auditoría, de prestigio internacional, y sus servicios se han desarrollado al amparo de la legislación que rige la actividad de la auditoría y la consultoría, sin vulneración alguna del ordenamiento jurídico. Lo que no puede es trasladar a la actora el uso o destino que sus clientes hagan de la información que les facilitó. No ha intervenido en la negociación ni en la formalización de los acuerdos anticompetitivos. La ejecución, con mayor o menor grado de cumplimiento de las políticas comerciales pactadas, correspondió a los propios concesionarios, y en el seguimiento a ANT a la hora de describir la conducta de la actora, la resolución es vaga y genérica y niega la culpabilidad de HORWATH, sin que de la conducta imputada haya obtenido beneficio alguno. No existen pruebas de cargo contra ella y las que constan en el expediente tienen un origen ilícito, violentando el domicilio de dos entidades. Por último, cuestiona la sanción también por su falta de motivación ya que fue impuesta sin exponer cuáles fueron los criterios de graduación tenidos en cuenta para determinar su importe.

A todo ello se opuso el abogado del Estado y la Comunidad Autónoma por razones sustancialmente idénticas a los fundamentos de la resolución impugnada.

QUINTO.- Descrito el contexto en que tuvo lugar la actividad sancionadora y su alcance, comenzaremos por examinar los diferentes motivos invocados en el escrito de demanda.

No desvirtuamos el contenido del escrito rector si resumimos que la razón nuclear sobre la que gira la queja de la actora es la falta de motivación y determinación de la culpabilidad de HORWATH, falta de motivación que también se extiende a la graduación de la sanción.

Dentro de la ausencia de motivación de la culpabilidad, sostiene que no hay pruebas de cargo contra la recurrente, y que las existentes se obtuvieron con la violación de derechos fundamentales, concretamente, la inviolabilidad del domicilio de dos de las entidades implicadas con ocasión de las entradas y registros llevadas a cabo por la CNMC. Comenzaremos por esta primera cuestión.

Vaya por delante que la intervención de un Juzgado autorizando la entrada no es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre este extremo, como ha dicho la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011, y podamos «fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad.».

Hay que destacar que 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.

Hecha esta precisión son varias las consideraciones que nos obligan a rechazar esta causa de nulidad, reiterando lo ya dicho por esta Sala en anteriores ocasiones sobre argumentos idénticos.

En primer lugar, 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.

En segundo lugar, consta que la orden de investigación que habilitaba la entrada hacía saber a ANT que «[L]a 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 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 NIBSA.

La STS de 12 de marzo de 2019, recurso 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión cuando dice que «[S]obre 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 HORWATH 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 entrada y registro, diligencia que se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

Como ya hemos dicho en la resolución de otros recursos, en la orden de inspección de 28 de mayo de 2013, la CNMC autorizó a seis funcionarios (D. Amador , D^a Milagros , D^a Modesta , D. Artemio D. Aureliano y D. Balbino) a realizar la inspección en la sede de ANT.

Sin embargo, el auto judicial omite incluir a D. Aureliano 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. Aureliano 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 Remedios , responsable de Administración, y de D. Cecilio , responsable de calidad de ECI, así como a descargar los archivos digitales contenidos en el smartphone de D. Conrado .

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.

SEXTO.- Despejadas las dudas sobre la licitud de las pruebas e indicios recabados con ocasión de la entrada y registro, abordaremos la supuesta falta de motivación de la culpabilidad de la recurrente.

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 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.



Son varios los elementos de juicio y datos de los que parte la resolución para justificar la imputación de la infracción y la imposición de la sanción a HORWATH.

La demanda parece obviar algunos extremos recogidos en el acuerdo sancionador que ni tan siquiera combate.

1.- A las reuniones del cártel, entre 2009 y 2013, asistieron ANT y HORWATH, donde se acordaron descuentos aplicables a ciertos nuevos modelos de automóviles (se excluían ciertos modelos y vehículos usados) (folio 15).

2.- La monitorización de los mencionados acuerdos habría sido llevada a cabo por ANT y HORWATH como empresas externas contratadas por los miembros del cártel folio (15 y nota 10).

3.- HORWATH, atendiendo a las condiciones acordadas durante las reuniones, elaboraba el denominado «Protocolo de Revisión», con las condiciones pactadas para los modelos sujetos a acuerdo, que enviaba a ANT, además de revisar los expedientes de venta de los concesionarios partícipes con carácter mensual (folio 16).

4.- Para realizar el seguimiento de las condiciones pactadas entre los concesionarios participantes en este cártel, a ANT y HORWATH se le proporcionaba con antelación el precio de venta y las campañas incluidas en dichos acuerdos, así como las que quedaban excluidas de los mismos (folio 16).

5.- Mediante correo electrónico, NISSAN transmitía a ANT y HORWATH las condiciones comerciales a aplicar y los concesionarios implicados en la práctica, como se acredita en el siguiente email de 22 de diciembre de 2009 recabado en la inspección de ANT «[S]egún 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 (...)IBERAUTO (...)NASUR MOTOR (...) GAMBOA AUTOMOCION (...)SANTOGAL (...)En sucesivos e-mails os iré enviando tarifas, tablas de promociones y descuentos y direcciones de sus instalaciones [...]» (folio 21, nota 12).

6.- Respecto de la acreditación de la participación de HORWATH en la conducta, así como el papel de esta empresa en el cártel, consta correo electrónico remitido por HORWATH a ANT el 19 de enero de 2010, remitiendo el protocolo que utilizarían en las auditorías, de acuerdo con lo hablado en la reunión con NISSAN. La fecha del protocolo es de 2 de enero de 2010, fecha que coincide con la recogida por ANT en sus anotaciones, mencionadas supra, relativas a la reunión de 21 de diciembre de 2009, como de inicio de las actuaciones objeto de investigación en el presente expediente (folios 241 a 243).

7.- En el protocolo se establecían asimismo los mecanismos de intercambio de información a través de «reunión de concesiones», indicando la existencia de excepciones que podían realizarse fuera del acuerdo y las incidencias para presentarlas en las reuniones de «Junta de Gerentes» que se realizaban mensualmente «[1]. PERIODOS DE REVISION Y OPERATIVA DEL PROCEDIMIENTO. Las revisiones de los expedientes correspondientes a las ventas del mes a auditar, podrán comenzar a partir del día 8 de cada mes siguiente o en su defecto a partir del siguiente día hábil. El orden de revisión vendrá establecido según la disposición determinada por el equipo auditor, previa confirmación con el responsable de cada concesión. (Estas citas se concertarán durante la reunión de concesiones).

Las revisiones, tendrán una cadencia mensual. Se revisaran los expedientes de periodos coincidentes con meses naturales completos (del día 1 al último día del mes). Partiendo del listado de comunicación de bajas de bastidores del período a analizar (NIVOS) facilitado por la concesión, realizaremos una conciliación entre éste y los expedientes de venta de los vehículos. Para ello necesitaremos que muestren al equipo auditor el 100% de los expedientes de venta de los vehículos del mes a revisar (auditables y no auditables). Una vez realizado el trabajo de revisión, el auditor expondrá los resultados al gerente o al responsable de la concesión, pudiendo éste rebatirlo, siempre que argumente las razones oportunas para subsanar las incidencias reflejadas. Una vez concluida la verificación de las incidencias, éstas, serán incluidas en el informe que se presentará durante el mes ante la Junta de Gerentes. La concesión tendrá una semana de plazo a partir de la fecha de revisión para presentar al equipo auditor, por el medio concretado con ellos, la documentación que pueda quedar pendiente de aportar junto a los expedientes durante la revisión. Si transcurrido ese plazo, no ha sido facilitada para su correspondiente revisión, el expediente afectado se contemplará como un expediente fuera de acuerdo. El equipo auditor única y exclusivamente realiza los trabajos de revisión en los términos aquí expuestos, comunicando a la Junta de Gerentes, periódicamente, las incidencias detectadas durante las revisiones. La Junta se reunirá, mensualmente, en la fecha arriba indicada, para analizar éstos resultados y para revisar las condiciones comerciales del mes siguiente, por lo que, si alguna de las concesiones quiere proponer algún cambio en las condiciones pactadas, rogamos acudan a comentarlo en esta fecha antes de adoptar acciones individuales. De igual forma les recordamos la importancia de colaborar en la medida de lo posible con el equipo auditor, ya que esto implica mayor agilidad a la hora de concluir los trabajos de revisión y por consiguiente una menor repercusión en el coste para la concesión. [...]» (folios 22 y 23).



8.- Hay un correo electrónico remitido por HORWATH a NISSAN el 9 de febrero de 2010, en el que le facilita un segundo protocolo modificado conforme a la reunión del día anterior «[t]e adjunto protocolo modificado con los acuerdos tomados en la reunión de ayer. Te pido por favor si puedes echarles un vistazo para confirmar que están reflejados correctamente en los términos del acuerdo. Espero tu confirmación para hacérselo llegar a los responsables de cada concesión adscrita.

Por otra parte, te comento el calendario dispuesto para las revisiones de los expedientes de Enero de 2010: [...] SANTOGAL (Pendiente de confirmar) [...] NASUR MOTOR [...] IBERAUTO [...] GAMBOA AUTOMOCIÓN [...] REICOMSA [...] AUTOMOCIÓN DÍAZ (Pendiente de confirmar) [...]» (folio 24 y 25 con remisión al 1080 del expediente).

9.- NISSAN proporcionaba a ambas consultoras, ANT y HORWATH, la información precisa para que pudieran desarrollar su actividad de control de cumplimiento efectivo de los acuerdos, indicando los objetivos trimestrales de los concesionarios partícipes, las ventas del mes correspondiente a estos, y el peso relativo de cada concesionario basado en sus respectivos objetivos anuales, con una estimación del importe a facturar a cada uno (folio 26 de la resolución con remisión a folios 1079 y 1083).

10.- El carácter mensual y habitual de las reuniones entre los partícipes del cártel se pone de manifiesto, entre otros, en el correo electrónico remitido por HORWATH a ANT, el 9 de abril de 2010, donde se concreta la fecha de la próxima reunión «[e]sta mañana me llamó [Directivo], de NISSAN, y me comentó que la reunión de este mes la habían convocado para este próximo lunes día 12 a las 18:30, donde siempre [...]». También el correo de HORWATH, de 6 de junio de 2011, convocando -con destinatarios en copia oculta- una reunión e instando a que se compartan los listados de accesorios para crear un listado compartido anexo al protocolo de revisión (nota 21), «[u]na vez terminados los trabajos de revisión correspondientes al mes de Abril 2011, os emplazo para vernos el próximo jueves día 9 de Junio de 2011 (...) en nuestras oficinas (...) con el fin de analizar los resultados obtenidos en las mismas. Según se acordó en la última reunión, os pediría que cada uno de vosotros trajerais a la reunión vuestros respectivos listados de accesorios con el fin de crear con ellos un listado compartido anexo al protocolo de revisión [...]» (folios 28 y 29).

Todos estos datos no fueron controvertidos por la demandante. La realidad de estos extremos fue correcta y acertadamente valorada por la Administración, en la motivación de la participación y culpabilidad de la actora.

Nada se le puede reprochar al acuerdo sancionador cuando apreció tanto respecto de ANT como de HORWATH, que sus conductas, pese a ser ajenas al mercado afectado, denotan una activa participación en la infracción. Actuaron como controladoras del cumplimiento de los acuerdos del cártel y facilitando el intercambio de información estratégica entre las empresas. Con su labor de control, vigilancia y facilitación de la información han contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado. Los servicios de ambas consultoras fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las incoadas y, por tanto, para facilitar la ejecución y el mantenimiento de los mismos en el tiempo, incluso previendo un sistema de detección de incumplimientos de lo pactado a través de las visitas de Mystery Shopping, los informes de ANT y los «protocolos de revisión» de HORWATH. Estos protocolos revelan la existencia de los acuerdos y establecen las condiciones que las partes deben cumplir y las sanciones previstas en caso de incumplimientos puntuales de los acuerdos. Asimismo, se especifican cuáles son las excepciones comerciales que pueden realizarse fuera del acuerdo. También se establecen en tales protocolos los mecanismos de intercambio de la información a través de las denominadas «reuniones de concesiones» y las incidencias encontradas se valoran en las reuniones de «Junta de Gerentes» de los concesionarios participantes en el cártel, que se realizaban mensualmente.

Las conductas de estas dos empresas, y en lo que a quien aquí recurre significa, supuso valor añadido estratégico para la efectividad de los acuerdos y el mantenimiento de los mismos en el tiempo, asegurando un intercambio continuo de información estratégica entre los participantes del cártel para el control y seguimiento del mismo.

Si de algo no adolece la resolución impugnada es de la falta de motivación que le imputa la demanda de cara a la fijación y determinación de la culpabilidad de la actora.

SÉPTIMO.- Por último, resta por examinar la sanción impuesta y la falta de motivación a la que se refiere la demanda.

Sobre tal cuestión, ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos, y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, en la que se entiende que la expresión «volumen de negocios total» del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves,

hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como «umbrales de nivelación» o «límites extrínsecos», como los denomina la sentencia seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE). Considera el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que «[e]l artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados [...]».

Pues bien, razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es 2015, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

Pero al propio tiempo, constata la existencia de otros elementos de la conducta que operarían en sentido contrario y conducen a graduar la multa por debajo del tramo superior del arco sancionador. De hecho, considera que el tipo sancionador general debe situarse en el tramo medio bajo, y expone que se ha tenido en cuenta al fijarlo que «[e]n este sector los operadores actúan con márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales [...], y que dicho factor «[p]uede considerarse relevante siempre que, como aquí ocurre, ofrezca una imagen común o estructural del sector en cuestión -independientemente del concreto margen comercial de las empresas en un determinado año o periodo-, y siempre que los operadores carezcan del respaldo de un grupo empresarial que desarrolle otras actividades económicas con características diferentes, condición que también se cumple en este caso [...]».

Se refiere así a la previsión del artículo 64.1.c) de la LDC, cuando alude al «alcance de la infracción» para, a continuación, considerar la resolución que el alcance territorial de la conducta es limitado en contraposición a un escenario en el que la conducta tuviera lugar con una implantación en todo el territorio nacional.

También analiza los efectos de la infracción para sostener que «[l]os acuerdos entre las empresas disminuyeron efectivamente la incertidumbre en relación con las ofertas de sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que derivó en una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios infractores [...]».

Y alude al sofisticado sistema utilizado para la comisión de la infracción al valerse de unas empresas (ANT y HORWATH) que fueron contratadas para que organizaran los pactos y evaluaran el nivel de cumplimiento de los acuerdos, además de establecer un mecanismo de sanción para los incumplidores.

Todo ello le permite afirmar, a la vista de estos factores, y teniendo presente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que la respuesta sancionadora debe situarse, como decíamos, «[e]n el tramo medio-bajo de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa [...]».

La resolución individualiza las multas tomando en consideración, como factor determinante, y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción.

Refleja en los cuadros correspondientes el volumen de negocios en el mercado afectado de cada una de las empresas, y añade el porcentaje o cuota de participación de las mismas en función de sus ventas durante los meses por los que se ha prolongado su conducta, suponiendo que la mayor facturación denota una mayor intensidad o participación y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales,



con la correspondiente incidencia en el porcentaje de la sanción atribuido. No obstante, los casos de ANT SERVICIALIDAD, HORWATH, y NIBSA, son casos particulares y no se incluye el volumen de negocio de estas empresas en el mercado afectado, dada su condición de facilitadores (en los dos primeros casos) y de coordinadora (en el tercer caso), sin actuación directa en el mercado de venta de vehículos a particulares. Por tanto, no corresponde tener en cuenta su volumen de negocio en el mercado afectado para calcular la participación de las demás empresas en la infracción.

Tiene en cuenta para la graduación que las empresas participantes se valieron, para la comisión de la infracción, de un sistema sofisticado coordinado por la propia NIBSA en el que se contrató a dos empresas (ANT y HORWATH) para que organizaran los pactos y evaluaran el nivel de cumplimiento de los acuerdos, y se establecieron mecanismos de sanción para aquellas empresas que se desviasen de los mismos.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer y que consigna en las tablas correspondientes, las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2015 que fue de 1.700.000 euros, el tipo sancionador del 2 %, y la multa 34.000 euros que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca NISSAN.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a sus características y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 2 %.

Sin que la falta de mención al beneficio ilícito que denuncia la demandante tenga la trascendencia anulatoria que le atribuye, pues se trata tan solo de uno de los parámetros utilizables para cuantificar la sanción, siendo así que la CNMC ha empleado otros que, en razón a cuanto venimos razonando, ofrecen una motivación suficiente para sustentar la cuantía finalmente fijada.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en la STS de 25 de julio de 2006, recurso 466/2003, se afirma que «[L]a exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones [...]».

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones recogidas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG «[a] la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia,



la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181) [...]».

En consecuencia, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

OCTAVO.- Si n que tengamos nada más que añadir, el recurso debe ser íntegramente desestimado, con expresa condena en costas a la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **HORWATH AUDITORES ESPAÑA, S.L.P.** representada por la procuradora doña Mónica Calero Pérez, contra la resolución de 28 de julio de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN, por la que se le impuso una sanción por importe de 34.000 euros, con expresa condena en costas a la 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.