



Roj: **STS 1878/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1878**

Id Cendoj: **28079130032021100072**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **2227/2020**

Nº de Resolución: **633/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5030/2019,**
ATS 11509/2020,
STS 1878/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 633/2021

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2227/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 2227/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 633/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2227/2020, interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a Mónica Oca de Zayas, en representación de RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A. (RECSA), con la asistencia letrada de D. Tomás Arranz Fernández-Bravo y D. Javier Abril Martínez, contra la sentencia de 27 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 682/2015, sobre sanción de multa impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; han sido partes recurrida la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, representada por el Abogado del Estado; y el Procurador D. Antonio Barreiro-Miro Barbero en nombre y representación de SEAT S.A.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 682/2015 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 27 de diciembre de 2019, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por RENAULT COMERCIAL S.A. contra la resolución de 23 de julio de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Expte. S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMOVILES), por la que se le impuso una sanción por importe de 18.203.422 euros, con expresa condena en costas a la actora."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de Renault Comercial S.A, manifestó su intención de interponer recurso de casación, y la Sala tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personadas las partes en tiempo y forma, ante este Tribunal Supremo la Sección de admisión de la Sala Tercera, por Auto de fecha 27 de noviembre de 2020 acordó:

1º) Admitir el recurso de casación n.º 2227/2020 preparado por la representación procesal de Renault España Comercial S.A contra la sentencia de 27 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 682/2015, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último razonamiento jurídico de la presente resolución.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en matizar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a fin de aclarar si los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 1 y Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

CUARTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, se comunicó a las recurrentes la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que RENAULT COMERCIAL S.A evacuó mediante su escrito presentado el 28 de enero de 2021, en el que expuso las siguientes infracciones normativas:



1.- Infracción de los arts. 1.1 y 65 y DA 4ª LDC, así como del ART. 101.1 TFUE: calificación (y sanción) de un intercambio de información como "cártel" cuando el intercambio no se refiere a precios o cantidades futuras ni se ha traducido en fijación de precios.

2.- Infracción del art. 4.6 del RD 1398/1993, hoy art 29.6 LRJSP, en relación con la aplicación de la infracción única y continuada por la que RECSA ha sido sancionado.

La pretensión deducida y el pronunciamiento que solicita es que, dicte sentencia estimatoria del recurso de casación que case y revoque la sentencia de instancia, acordando la anulación de la Resolución de la CNMC.

Por otrosi digo, considera que si esta Sala albergara dudas, resultaría pertinente el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, y considera que:

A) El artículo controvertido respecto del que cabría plantear la cuestión prejudicial constituye una norma del Derecho constitutivo de la UE, al tratarse del art. 101 TFUE, y

B) Entre la jurisprudencia europea sobre el artículo 101 TFUE no hay ningún precedente, hasta donde esta parte tiene conocimiento, que se haya pronunciado sobre la virtualidad de que unos intercambios de información calificada como "estratégica" puedan ser constitutivos de una infracción por objeto cuando (i) no versan sobre precios o cantidades futuras ni se han traducido en una fijación de precios, sin que (ii) resulte necesario llevar a cabo ningún tipo de análisis sobre su grado de nocividad.

Mediante otrosí segundo, solicita la celebración de Vista.

QUINTO.- Concedido plazo a la parte recurrida para oposición, el trámite fue evacuado por el ABOGADO DEL ESTADO, mediante escrito de 22 de marzo de 2021, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, y como pretensión a la Sala que, una fijada doctrina, se dicte sentencia que, al resolver sobre la cuestión planteada y aplicar a la misma a dicho efecto la doctrina fijada, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida que motiva suficientemente que estamos ante una restricción por objeto con infracción única y continuada.

Suplicando, se dicte sentencia que, fijando la doctrina interesada en el apartado tercero, desestime y confirme la sentencia recurrida.

Por Diligencia de Ordenación de 25 de marzo de 2021, y transcurrido el plazo concedido a la recurrida SEAT S.A. para oponerse al recurso sin que por la misma se haya presentado escrito alguno, se tiene por precluido el trámite respecto a dicha parte.

SEXTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 20 de abril de 2021, fecha en la que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la sociedad mercantil Renault España Comercial S.A, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, en el recurso contencioso número 682/2015.

La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de julio de 2015 (expediente sancionador nº S/0482/13 Fabricantes de Automóviles) que impuso a la mencionada sociedad -y a otras fabricantes de automóviles- una sanción de multa como responsable de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing de automóviles desde febrero de 2006 hasta julio de 2013. La multa impuesta a Renault Comercial S.A asciende a 18.203.422 Euros.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso y declara ajustada a Derecho la resolución de la CNMC que aprecia la comisión de la infracción al considerar que la empresa -Renault Comercial SA- intercambiaba información estratégica con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor en España, información que se reseña en el octavo de los fundamentos jurídicos en el que la Sala razona lo siguiente:

"OCTAVO.- Despejadas las dudas en torno a la tipificación, lo siguiente es constatar si en la resolución impugnada, y con remisión al expediente sancionador, la Administración ha hecho el adecuado acopio de pruebas que, de manera indubitada, reflejen la infracción perseguida y sancionada.

Lo primero a destacar es que no ha sido puesta en tela de juicio la veracidad de la documentación recabada ni de la información obtenida. La duda versa sobre el alcance de lo hallado de cara a la infracción del artículo 1.1 de la Ley.

Recordemos que las empresas implicadas representaban un alto porcentaje del mercado afectado, en torno al 91%. Como ya hemos visto, el origen en que se desencadena la infracción sancionada se fijó en el denominado "club de marcas", que se hacía llamar "tradicional" o de los capos, al que se incorporó SEAT en el 2005 (según lo recabado en la inspección de SNAP-ON, folios 12860 y 12865). Y como se acredita mediante el correo electrónico del responsable de Gestión Empresarial de VW de 23 de enero de 2009 a BMW, CHEVROLET, CHRYSLER, CITROËN, FIAT, FORD, KIA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, SEAT y TOYOTA, se recomienda realizar el intercambio de la información confidencial sobre las previsiones de ventas de cada una de las marcas de manera presencial con ocasión de la reunión del club o mediante vía telefónica (en correo intervenido a TOYOTA, folio 641).

Estos intercambios también tenían lugar entre los directivos de marketing de posventa (documentación recabada en la inspección de NISSAN, folio 10401; y en el correo electrónico de CHEVROLET a CITROEN, FIAT, FORD, KIA, OPEL, PEUGEOT, SEAT y TOYOTA de 15 de marzo de 2007, recabado en la inspección de SNAP ON, folio 11126).

En particular, del expediente podemos destacar varios intercambios de información en los que participó tanto la actora como el resto de las empresas afectadas en el expediente sancionador incoado por la CNMC. Documentación intervenida, no solo en la entrada en la sede de la recurrente, sino con ocasión de las practicadas en otras, así como por la facilitada a través de requerimientos. Debemos precisar que por el tipo de infracción cometida no era ni tan siquiera preciso que la recurrente se viera directamente implicada en el contenido de la información recabada ni de la transmitida, ni durante todo el tiempo, como tendremos ocasión de puntualizar más adelante.

1.- Se revela que mantuvieron de forma periódica y durante un periodo prolongado de tiempo, y que versaron sobre datos recientes y actualizados, con alto nivel de desagregación y homogeneización, y referidos, entre otras muchas materias, a estrategias de red y organización empresarial (folios 54 a 56 expediente administrativo).

2.- Sobre las rentabilidades de las redes (folios 1273 a 1279), reducción de costes y de stocks de vehículo nuevo y usado (informe interno reunión de 14 de octubre de 2008, folios 47 a 51).

3.- Sobre los descuentos y sobre precio franco fábrica que aplica cada marca en factura a sus concesionarios y rápeles (correo de Honda de 19 de septiembre de 2011- folios 1104 y 1105), así como al sistema de retribución de los concesionarios y, en concreto, al peso en términos porcentuales asignado a la retribución fija y variable a los concesionarios (cuantitativa en términos absolutos y relativos, cualitativa, así como otros aspectos como el Rápel Almacén o la prima calidad de taller).

4.- Sobre acciones para mejora de la rentabilidad y la tesorería (folios 597 y 598).

5.- Sobre facturación de posventa de recambios, de talleres mecánicos, de chapa y pintura, de recambios externos y sobre número de concesionarios (correo electrónico de VW dirigido a destinatarios ocultos de 8 de mayo de 2012 adjuntando cuadro comparativo de facturación de posventa de 2011 a febrero de 2012, y folios 1647 y siguientes del expediente administrativo).

6.- Sobre acciones financieras (folios 107, 119 a 129), sobre acciones para asegurar la viabilidad de la red de concesionarios (folio 107), sobre programas de reducción de costes (folio 249).

7.- Sobre información sobre estrategias y políticas de marketing relacionadas con la posventa, sobre campañas y programas de fidelización y/o recuperación de clientes, a seguros, garantías de neumáticos, contratos de mantenimiento y programas de carrocería, pintura o gestión de coches de sustitución (folios 1659 a 1662 y 15.469, 15475 y 15471 a 15472 del expediente administrativo).

8.- Como ejemplo de medidas financieras adoptadas con la finalidad de incrementar la liquidez de la red de concesionarios, podemos citar el folio 98 del expediente en el que se indica "[C]ITROEN, PEUGEOT y FIAT han realizado el esfuerzo financiero de adelantar el pago del Plan 2000 E; HONDA ha disminuido la presión del stock de demos y cortesía; FIAT ha abierto una línea de Póliza de Tesorería (Max. 150.000 euros) y TOYOTA para la financiación de VO; CHEVROLET ha desarrollado un plan de incentivos de campaña; KIA paga las campañas con una periodicidad de 4 veces al mes [...]".

9.- Sobre el sistema de bonus, la financiación de las campañas, sobre los sistemas de verificación de objetivos y la financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios, elaborándose para ello un fichero Excel



- denominado "Comparativa Sistema de Remuneración", en el que se incluía un casillero a rellenar por cada una de las marcas (folio 8373 y 620 a 626, y folios 5.442 a 1564 y 12.209 del expediente administrativo).
- 10.- En abril de 2012 las marcas intercambiaron las cifras de los márgenes comerciales que imputaban a sus redes comerciales (folio 10.029 y reunión de 19 de abril de 2012- folios 2237 a 2340 y 10.270 y 15.232-15.233, véanse también folios 14.443 a 15.464 y correo de 12 de septiembre de 2012 remitido sobre remuneración en VN de la R2, folio 15.479 y folio 15.313 expediente administrativo).
- 11.- Además, articularon medidas de protección para impedir que terceras empresas pudieran acceder a la información facilitada y para preservar su carácter secreto. Consta como Honda propuso en un correo electrónico de 20 de abril de 2012 "[d]ejar de intercambiar información por correo electrónico y hacerlo en papel en las reuniones periódicas que celebraban y referenciando los datos y las marcas a letras y números, si bien las marcas conocerían dicha equivalencia, tras los comentarios de FORD y RENAULT sobre la multa impuesta por la CNC a MONTESA-HONDA y SUZUKI por intercambiar información comercial, anunciando que no volvería a notificar por correo electrónico información confidencial de su empresa [...]" (folio 10.287 expediente administrativo).
- 12.- El carácter secreto de los intercambios de información también se refleja en otras comunicaciones como en el correo electrónico de Fiat a Chevrolet, Citroën, Ford, Honda, Kia, Nissan, Opel Peugeot, Renault, Seat, ?koda, Toyota y VW, recabado en la inspección realizada en la sede de Snap-On (folios 8722 y 8723).
- 13.- En la reunión de 23 de marzo de 2011 (folios 76 a 78 y 82 a 104 expediente) los asistentes acordaron poner una letra a cada marca y proponer a Urban y SnapOn que no tomaran apuntes y que se comprometieran a no difundir los datos. Podemos también destacar el correo electrónico remitido por Honda a Citroën, Chevrolet, Fiat, Ford, Kia, Nissan, Opel, Peugeot, Renault, Seat, ?koda, Toyota y VW proponiendo que la información relativa a descuentos aplicados al precio franco de fábrica de cada una de las marcas fuera intercambiada por teléfono por la especial delicadeza de la naturaleza de la misma.
- 14.- También se reveló como las empresas participantes eran conocedoras del carácter ilícito de los citados intercambios. Así en el correo interno de NISSAN de 9 de marzo de 2012 (folio 9894) en el que se dice que "[c]ualquier intercambio de información de precios, tanto minoristas como mayoristas supone una infracción grave de la ley de defensa de la competencia. En el último expediente tramitado por la Comisión Nacional de la Competencia en un intercambio de precios similar al que se plantea han recaído dos sanciones de 2 millones de euros para cada una de las empresas implicadas. El simple hecho de intercambiar emails sobre este tipo de cuestiones ya supone en sí mismo un alto riesgo. Por tanto, mi recomendación legal es abstenerme del intercambio planteado [...]".
- 15.- En la reunión de 23 de octubre de 2012 los directivos de las empresas distribuidoras de las marcas miembros del Club de Marcas analizaron la posible ilicitud de los intercambios de información realizados a raíz de la decisión de algunas de ellas no presentes en la reunión de no volver a asistir a las mismas ni compartir más información, acordando continuar con los intercambios pero adoptando medidas para reforzar su carácter secreto, como el cambiar la denominación de las reuniones (folios 240 a 252).
- Una valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud *per se* para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.
- El carácter preconcebido y organizado, característico de los cárteles, resulta patente como consecuencia de la intervención de consultoras que organizaban las reuniones y canalizaban y ponían en común la información suministrada por las participantes, al tiempo que aseguraban su secreto y la confidencialidad.
- El valor estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligado al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.



Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

No hay tampoco, por todo lo que venimos razonando, defecto de motivación en la resolución recurrida, ni vulneración del principio de la carga de la prueba que incumbe a la Administración por cuanto que en aquella se explicitan, con puntual referencia a los documentos obrantes en el expediente administrativo, las razones y motivos en los que se ha fundamentado sin que por esta Sala se aprecie la existencia de irregularidades en la presentación y alcance de la solicitud de clemencia que se ha ajustado a las previsiones legales."

La cuestión que presenta interés casacional, como se delimitó en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de noviembre de 2020 que acordó la admisión del recurso de casación, "es precisar nuestra jurisprudencia en relación al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a fin de aclarar si los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias".

SEGUNDO.- Debate suscitado en casación y marco normativo aplicable.

Con independencia de lo afirmado en el reseñado Auto sobre el objeto de la información intercambiada y las ulteriores precisiones sobre su contenido y alcance, la controversia suscitada en el presente recurso de casación se centra en la interpretación del artículo 1 y Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar en qué circunstancias puede considerarse que determinados intercambios de información entre competidores pueden ser calificados como infracción por objeto y como cártel.

El artículo 101 TFUE dispone:

"Artículo 101

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate..>>

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone:

"Artículo 1. Conductas colusorias.



1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. *La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:*

- a) *Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) *No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*
- c) *No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia>>.

Siendo este el marco normativo, lo que se debate en el proceso es específicamente, si el intercambio de información entre empresas competidoras puede ser calificada como una infracción por objeto, y en particular, como un cártel, como se considera por la CNMC -y lo confirma la Audiencia Nacional-. Ello nos lleva a recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de este Tribunal Supremo que ya se sintetizó en la reciente Sentencia nº 356/2021, de 9 de Marzo de 2021 (RC 3405/2020).

TERCERO.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo.

En esta última sentencia recordamos la distinción entre las infracciones por objeto y las infracciones por efecto en los siguientes términos:

La tradicional distinción, en el ámbito del Derecho de la Competencia, entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto" ha sido examinada por esta Sala en ocasiones anteriores. Sirva de muestra nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017) de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

<< (...) la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11 , apart. 35) "la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018 , (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78).



La sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07) ya puso de manifiesto los criterios para determinar si nos encontramos ante una infracción por el objeto o para establecer si era necesario establecer su incidencia sobre el mercado, afirmando que:

"Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.

Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66)."

Ahora bien, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.

Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por este Tribunal Supremo.

[...]

Y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), tras distinguir entre las prácticas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma: "29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Finalmente, la STJUE de 20 de enero de 2016 (asunto C-373-149) recuerda que en las infracciones por objeto es necesario considerar el objeto mismo del acuerdo, pero "[...] no es necesario examinar los efectos de acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y ClaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C 501/06 P, C-513/06 P y C- 519/06P, EU:C:2009:610, apartado 55)".

Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014) señala que los acuerdos de intercambio de información entre competidores destinados a coordinar las condiciones económicas tienen por objeto restringir la competencia y no resulta necesario, en consecuencia, examinar sus efectos: "Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de febrero de 2009, asunto T-Mobile C-8/08, que bastaría la prueba del intercambio de información, [...]), para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...] En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia."

Y en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo, esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que "[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo



en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

De esta jurisprudencia puede extraerse la conclusión que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado>>.

A modo de recapitulación de lo expuesto en este apartado, en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, F.J. 9º) transcribíamos diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en la que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones *por objeto* y *por efecto*. Dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia:

"305 Procede recordar, a este respecto, que, según la jurisprudencia, los conceptos de "acuerdo", de "decisiones de asociaciones de empresas" y de "práctica concertada" del artículo 101 TFUE, apartado 1, recogen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23, y la jurisprudencia citada).

306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 Además, la jurisprudencia precisa que la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

308 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado con el fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 22).

309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, para prohibirlo, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º de nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: <<...en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto" no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado>>.

También recordamos las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional analiza en su fundamento jurídico 7º las características de la información que se intercambia y acude a la regulación recogida en las Directrices sobre la aplicabilidad del



artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (DOCE 14 de enero de 2011). Y resulta oportuno reiterar aquí - siguiendo la Sentencia 356/2021- lo señalado por esta Sala en la sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices.

Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia 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 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Arkema/Comisión* (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta.

Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia.

Finalmente, cabe hacer mención a la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228-2018 *Budapest Bank* invocada por la mercantil recurrente como fundamento de su recurso de casación, en la que el Tribunal de Justicia examina una multa impuesta a siete bancos por considerar en relación a las tarjetas de pago, que se había acordado entre ellos una tasa uniforme. Establece pautas interpretativas sobre la noción de restricción de la competencia y señala que una autoridad de competencia puede considerar que una conducta constituye al mismo tiempo, tanto una restricción por la competencia por objeto como por efecto.

Declara el TJUE en dicha sentencia que el hecho de considerar que una conducta constituye una restricción por objeto no le exime de su obligación de "apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a una u otro tipo de restricción."

También precisa el TJUE que no podrá considerarse que un acuerdo es por su propia naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia, es decir, restrictivo por objeto, si no existe un acervo sólido y fiable de experiencia al respecto. Y recuerda finalmente, siguiendo la sentencia de *Groupement des Cartes Bancaires* que el concepto de restricción por objeto debe interpretarse de manera restrictiva y que una conducta podrá considerarse como tal si se constata que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia.

Para la determinación de este "grado de nocividad suficiente", aclara los aspectos que han de valorarse, que son los siguientes: A) el contenido de las disposiciones del acuerdo debe presentar un carácter nocivo para la competencia, B) el objetivo u objetivos que se pretendan alcanzar con el acuerdo deben estar claramente definidos, razonando que el hecho que se considere que una medida persiga un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba considerarse ilegal, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia, C) el contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión, que deberá tenerse en cuenta en todo caso, incluso cuando los elementos anteriores (el contenido y los objetivos del acuerdo) apunten a una restricción por objeto.

Conviene traer a colación la jurisprudencia de esta Sala Tercera en materia de intercambio de información entre competidores de la que es exponente la Sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018.

Dijimos entonces que <<el intercambio de información entre empresas competidoras puede suponer una "práctica concertada", pues el conocimiento de una información relevante de la empresa competidora puede sustituir los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras la sentencia de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile, par. 26.) de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Dole Food, par. 126 y siguientes), y sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto C-49/92, P, Polypropylene, par. 115), entiende por "práctica concertada": "una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas."

El grado de coordinación necesario para entender que nos encontramos ante una práctica concertada no exige la elaboración de una planificación específica. El intercambio de información relevante implica una colaboración o cooperación, dado que, como regla general, la lógica de la competencia entre empresas conlleva que "todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes" (STJUE de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 y otros apartado 173, STJUE de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, apartado 13, STJUE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, John Deere Ltd. apartado 86).



Así, la jurisprudencia ha sostenido que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica, pues el contacto directo entre competidores determina que cada empresa no actúa con la debida autonomía, cuando la toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado (STJUE de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros, Suiker Unie, párrafo 173 y ss) produciendo así un resultado colusorio.>>

En esta línea, en la Sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 3253/2014) dijimos al resolver el recurso de casación formulado por "Colomer Group Spain":

<<En efecto, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que los intercambios de información que la sentencia impugnada considera acreditados, no pueden calificarse de cártel, de acuerdo con el tipo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que se entenderá por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluídas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones, pues estimamos que, en el supuesto enjuiciado, concurren los presupuestos para otorgar tal calificación, ya que la cooperación empresarial se produce entre las principales empresas que operan en el mercado de la peluquería profesional en España, que integran el que denominaron G-8, con el objeto de mantener su privilegiada posición y restringir la libre competencia en este mercado mediante la celebración de reuniones periódicas en que intercambiaron información de datos sensibles referidos a tarifas y precios de los productos de cuidado del cabello comercializados para su uso en peluquerías y otros aspectos sustanciales -volumen de ventas, descuentos al canal mayorista, comisiones de los representantes de ventas-, que facilitaron el desarrollo de una estrategia de negocio compartida>>.

CUARTO.-Sobre la calificación de infracción por objeto en el presente caso.

La controversia casacional se centra en determinar si el intercambio de la aludida información entre empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles constituye una restricción por objeto -como entendió la resolución administrativa sancionadora- o si, como defiende la recurrente, en atención a la naturaleza de la información intercambiada -que, en su alegato, no versaba sobre precios- no existen elementos suficientes para poder apreciar la existencia de una infracción por objeto, por tratarse de una conducta legítima, en tanto que justificada por las circunstancias concurrentes en el momento en el que se llevó a cabo y por la ausencia de un análisis riguroso por parte de la CNMC de los diferentes aspectos apuntados en la STJUE *Budapest Bank* antes reseñada.

Aduce la parte que el intercambio de información no se refería a precios y que no se ha realizado por la autoridad reguladora el necesario análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, ni la consideración de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado, ni, en fin, del carácter más o menos nocivo de intercambio de la información entre competidores. Sostiene que la resolución de la CNMC se sustenta en meras afirmaciones genéricas y enunciativas que no pueden sustituir el análisis requerido lo que determina que la infracción por objeto carezca de fundamento.

Sostiene, en suma, que no se ha establecido con arreglo a las exigencias de la jurisprudencia del TJUE de qué manera los intercambios atípicos de información podían afectar negativamente a la competencia entre los fabricantes de automóviles, ampliando artificialmente la CNMC calificación de cártel a intercambios de información en circunstancias no previstas por las normas y jurisprudencia aplicables.

Pues bien, siguiendo la jurisprudencia del TJUE sobre las restricciones por objeto, en la invocada la Sentencia de 20 de Abril de 2020, *Budapest Bank* que completa la precedente de 11 de septiembre de 2011, *Groupement des Cartes Bancaires*, hemos de partir de una interpretación restrictiva de este concepto de restricciones "por objeto" y para apreciar si el acuerdo de intercambio de información enjuiciado tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificada como una restricción "por objeto" procede comprobar si la CNMC ha tomado en consideración dichos aspectos relevantes (i) el contenido de sus disposiciones; (ii) los objetivos que pretende alcanzar y (iii) el contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados y a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia apreció la existencia de una infracción por objeto, considerando que se trataba de una práctica concertada. Es relevante en este proceso la forma en la que la Comisión justifica la existencia de la infracción por objeto, que se expone en el apartado 4 del FJ. 4 de la resolución sancionadora:



"Todas las incoadas coinciden en señalar que el intercambio de información objeto del expediente no puede ser considerado una infracción por objeto y que, dada la naturaleza de la información intercambiada, no puede ser constitutiva de cártel. Numerosas incoadas alegan que la DC no ha acreditado el carácter secreto del intercambio, así como tampoco la actualidad de la información intercambiada, su carácter desagregado, y la nocividad de la misma en términos de competencia.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Si bien es habitual que las partes de un acuerdo de intercambio de información estratégica y sensible se conduzcan con discreción, esta Sala de Competencia entiende que el presente expediente reúne elementos probatorios e indiciarios suficientes de que, mediante una conducta coordinada entre empresas competidoras, se ha producido tal intercambio bajo unas exigencias de reciprocidad entre las empresas partícipes, con el objeto de sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas, disminuyendo la incertidumbre sobre elementos clave de sus políticas comerciales y con aptitud para determinar su comportamiento en el mercado.

Nos remitimos a lo señalado en el apartado anterior en cuanto al carácter estratégico, desagregado y actual de la información puesta en común. A esta Sala de Competencia le parece incuestionable que un intercambio de esas características es dañino para la competencia en tanto que apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado de las marcas respecto a parámetros estratégicos, reduce la independencia de la conducta entre las marcas partícipes en el mismo y disminuye los incentivos para competir.

La regularidad y estabilidad de las reuniones, la organización y convocatoria de las mismas, en una primera fase por los partícipes, mediante empresas consultoras en conocimiento acreditado por parte de la alta dirección de las empresas partícipes son todos elementos que, tomados en su conjunto, confirman la calificación de la conducta como infracción muy grave constitutiva de cártel.

Las tres tipologías de intercambios de información analizadas en este expediente se caracterizan por constituir un sistema cerrado, es decir, basado en reglas de reciprocidad y que permiten el acceso a la información sólo a las empresas que pactan su intercambio. Además, el sistema es transparente, en el sentido de que las empresas destinatarias de la información intercambiada podían asociar los datos a una u otra marca, de modo directo en una primera etapa, y de modo indirecto a través del conocimiento de los dígitos designativos que correspondían a cada marca en una segunda etapa.

También coincide esta Sala de Competencia con la apreciación del órgano de instrucción de que la conducta de intercambio contiene los elementos que permiten calificarla como secreta. Frente a lo señalado por las marcas y las propias URBAN y SNAP-ON, los compromisos de confidencialidad no estaban destinados meramente a asegurar que la información sólo se usara para el propósito para el que había sido remitida, sino para ocultar la propia práctica. Es por ello que los documentos de confidencialidad manejados no se ocupan de garantizar la confidencialidad entre la consultora y cada marca partícipes, ni de la ocultación adecuada de su procedencia en los informes que se elaborasen, ni tampoco de la destrucción de los datos una vez agregados, sino de que esos datos no fueran difundidos a terceros.

La Sala considera suficientemente acreditada una conducta única y continuada que, por la naturaleza de la información intercambiada y el objetivo perseguido de reducir la incertidumbre y coordinar estrategias comerciales, distorsiona la competencia, con un efecto evidente en beneficio de los partícipes en la conducta, lo cual constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, calificada como cártel conforme a la Disposición adicional cuarta 2 de la LDC.

En este sentido debemos recordar lo que ya dijo el Consejo de la CNC en la citada Resolución de 2 de marzo de 2011, expte. S/0086/08 Peluquería Profesional, con respecto al concepto de cártel recogido en la Disposición Adicional 4 de la LDC: *"La definición, en contra de lo que pretenden los imputados en este expediente, es amplia. Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de la formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general"*.

Cabe traer aquí a colación asimismo lo establecido por el TS su reciente sentencia de 17 de junio de 2015 (Recurso 207212014): *"En modo alguno puede admitirse la tesis de la parte actora de que el intercambio de información sólo puede ser contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en caso de que tenga el objetivo de fijación de precios o de reparto de mercado. Antes al contrario, es preciso recordar nuestra reiterada jurisprudencia que un acuerdo colusorio o, todavía con más claridad, una práctica concertada es todo concierto -o práctica conjunta- susceptible de provocar efectos anticompetitivos, cuya efectiva plasmación tampoco es un requisito imprescindible (lo que hace decaer ya el motivo sexto, 2.E). Así las cosas, es claro que si bien no*



puede afirmarse de modo general y absoluto que todo intercambio de información sea, per se, anticompetitivo, tampoco puede sostenerse la tesis opuesta de las empresas recurrentes. En estricta aplicación tanto del tenor literal como de la finalidad del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, un intercambio de información será colusorio y constituirá una conducta infractora en la medida en que pueda tener efectos anticompetitivos. Y lo que sí se puede afirmar desde una perspectiva general es que, en principio, los intercambios de información entre competidores son presuntamente anticompetitivos, puesto que como es natural y recuerda la Sala de instancia en el fundamento transcrito, dicho intercambio reduce necesariamente en mayor o menor medida la imprevisibilidad del comportamiento de los competidores, lo que es por sí propio, contrario a la competencia, que se edifica en gran medida sobre la indeterminación y falta de conocimiento sobre la conducta futura de las restantes empresas del sector."

La sentencia del TS de 8 de junio de 2015, antes citada, en el contexto de la calificación de los intercambios de información como infracción constitutiva de cártel ex disposición adicional cuarta de la LDC, descarta igualmente que la Audiencia Nacional *"al calificar las conductas imputadas como cártel, haya realizado una interpretación extensiva del tipo infractor que sea contraria a los principios de tipicidad y legalidad sancionadora."* En definitiva, el Tribunal admite que la enumeración contenida en la mencionada disposición adicional de la LDC no constituye una enumeración cerrada ni de interpretación restrictiva. La noción de cártel no constituye elemento que permita extender o ampliar ningún tipo infractor, por cuanto la tipificación de la conducta (art. 62 LDC) prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención del artículo 1 de la LDC. En esa concepción del sentido de la mencionada disposición adicional cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones.

Finalmente, respecto de la alegación relativa al uso oportunista del concepto de cártel en supuestos de clemencia, conviene llamar la atención sobre el hecho objetivo de que en los supuestos en los que el órgano de instrucción inicia sus actuaciones con motivo de una solicitud enmarcada en el Programa de Clemencia, comúnmente dispone de un nivel de prueba documental superior a otros supuestos, permitiéndole además dirigir las inspecciones de forma más útil y productiva, todo lo cual facilita alcanzar la conclusión de que nos encontramos ante una infracción calificable de cártel con mayor grado de convicción que en supuestos en los que tal solicitud de exención no existe.

En relación con la calificación de la conducta como restricción por objeto, tanto las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) como los precedentes judiciales a nivel comunitario refrendan que los intercambios de información entre competidores, en la medida en que tengan capacidad para debilitar o suprimir la incertidumbre que caracteriza un mercado competitivo, constituyen una restricción de la competencia por objeto teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión.

Efectivamente, el TJUE se pronuncia claramente sobre esta cuestión en su sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-8108, T-Mobile Netherlands): *"(36) En tercer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de considerar que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia aunque ésta no presente relación directa con los precios al consumo, procede señalar que el tenor del artículo 81 CE, apartado 1, no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales. (37) Al contrario, del artículo 81 CE, apartado 1, letra a), se desprende que una práctica concertada puede tener un objeto contrario a la competencia si consiste en "fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción". En el litigio principal, como alega el Gobierno neerlandés en sus observaciones escritas, por lo que respecta a los abonos, las retribuciones de los distribuidores son elementos determinantes para fijar el precio que pagará el consumidor final. (38) En cualquier caso, como destacó la Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal."*

La posición sobre cuándo puede apreciarse que un determinado tipo de coordinación entre empresas tiene el grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del art. 101 TFUE ha sido sintetizada por una reciente sentencia de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286113 P Dole Food y Dole Fresh Fruit): *"(119) Por lo que respecta, más concretamente, al intercambio de información entre competidores, ha de recordarse que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 32 y jurisprudencia citada). (120) Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de*



los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 33 y jurisprudencia citada). (121) Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el intercambio de información entre competidores puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas (sentencias Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99 P, EU:C:2003:527, apartado 86, y T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 35 y jurisprudencia citada). (122) En concreto, ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes en lo relativo a la fecha, el alcance y/as modalidades de la adaptación del comportamiento en el mercado que van a adoptar las empresas en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 41).

Así, de acuerdo con lo ya señalado, resulta incuestionable que una conducta trazada en la forma descrita tiene por objeto o finalidad restringir deliberadamente la incertidumbre sobre cuya base empresas competidores deben tomar sus decisiones en un entorno competitivo. No constan, ni han sido alegados por las partes, otros motivos, justificaciones o finalidades plausibles a la conducta imputada a las partes.>>

Por su parte, la sentencia impugnada, considera correcta la calificación de la conducta realizada por la CNMC por las razones que expone a lo largo de su fundamentación jurídica, singularmente, en su Fundamento Jurídico 8º antes transcrito. Parte de los hechos declarados en la resolución sancionadora de la CNMC, que no han sido objeto de debate, sobre el intercambio entre las empresas de venta y distribución de vehículos de motor de la información que relaciona sobre aspectos que tilda de estratégicos

Concluye la Audiencia Nacional -con cita de la jurisprudencia del TJUE, y las Directrices Horizontales sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal- que existe abundante prueba documental para concluir que el intercambio de información afecta a diferentes aspectos propios de la estrategia comercial de cada fabricante de automóviles y las redes de concesionarios y considera, en fin, que tal conducta es contraria y nociva para la competencia en cuanto apta para eliminar la incertidumbre relativa al comportamiento de las empresas competidoras.

Y, dado que lo que se discute es si el acuerdo de intercambio de información puede calificarse de una infracción por objeto, vamos a recordar en primer término el contenido de los acuerdos.

Como se expone en la resolución sancionadora se trata de intercambios de información comercialmente sensible que tenía lugar en tres tipologías de foros de intercambio: El Club de Marcas o club de socios que da origen al intercambio de información, en el que se traslada información confidencial bajo el criterio "quid pro quo", se obtenía información a cambio de aportar la propia con una determinada calidad y periodicidad, con una estructura común de información. Con posterioridad, con la colaboración de la consultora Urban en el año 2010, se crea un programa de intercambio de información de indicadores de postventa y el denominado Foro de Directores de Postventa, con intercambio de información periódica que se facilitaba empleando una "plantilla modelo postventa intermarcas" que facilita la recogida de datos y las denominadas Jornadas de Constructores.

La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre: a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosada por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios), b) márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en de cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, verificación de objetivos y financiación de vehículos adquiridos por los concesionarios, c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de las redes, d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de postventa, e) campañas de marketing al cliente final, e) programas de fidelización de los clientes, f) políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y mejores prácticas de gestión de sus redes g) cifras de ventas mensuales desglosadas por modelos de automóviles.



Los intercambios consisten en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos, importes de beneficios respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa) datos actuales que se transmiten una vez obtenidos, de forma confidencial y secreta (con identificación por dígitos y de forma oculta) facilitados con carácter periódico (con carácter semestral o la remisión mensual, trimestral o anual en función del informe a elaborar por Urban), siendo, en suma, información comercial sensible y apta para reducir la incertidumbre en el proceso de determinación de los precios y en la conducta futura de las competidoras, que afecta gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.

Vemos así que gran parte de la información compartida entre las empresas del automóvil se refiere a la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios que incorpora datos relativos a elementos y variables de los precios con influencia en el precio final de venta.

No debe olvidarse que la información no pública referida a los márgenes comerciales con los que se opera sirve para conformar el precio final. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (cumplimiento de objetivos, rappel de regularidad etc...) integra el precio y se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios de automóviles. De modo que el intercambio de información sobre dichos márgenes permite conocer a las empresas el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016).

En ella, también sostuvimos que aun siendo datos referidos al presente "se trata de una información con proyección futura" pues desvela elementos esenciales del precio que se puede aplicar en el futuro, lo que implica poner en conocimiento del competidor información que revela no solo la estrategia comercial actual sino la correspondiente a un futuro cercano, con el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado, lo que permite alcanzar la conclusión, al igual que lo hicimos en la citada sentencia, de que el intercambio de esta información constituye una práctica concertada que puede considerarse una infracción por el objeto ya que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado.

En fin, el tipo de información intercambiada individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios permite conocer las estrategias comerciales mutuas de las marcas y las condiciones de las redes de distribución relevante para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre y facilitar el alineamiento. El intercambio hizo posible el conocimiento de elementos fundamentales en la definición de la estrategia competitiva de las marcas y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia.

Por otro lado, se aduce por la recurrente que los acuerdos de intercambio de información tenían un carácter procompetitivo, alegato que se rechaza en la Sentencia impugnada. Argumenta la parte que el intercambio de información obedece a una lícita práctica de evaluación comparativa (Benchmarking), que perseguía conseguir eficiencias en el mercado, aportando un dictamen pericial elaborado por *Compass Lexecon*, en el que se afirma que el traslado de la información permitió reducir de forma eficaz y rápida las redes oficiales de concesionarios y dió lugar a la estabilización y caída de los precios de los vehículos y mejora de los descuentos ofrecidos al consumidor.

La Sala razona en el octavo de los fundamentos de la Sentencia que el intercambio de información se inserta en un contexto de la grave crisis económica que afectó plenamente al sector del automóvil y que tal circunstancia motivó que los fabricantes consideraran oportuno adoptar medidas para proteger las redes de concesionarios de graves pérdidas económicas y su cierre. Añade que la información permitió conocer las estrategias de los competidores para la rentabilidad de sus redes de concesionarios, sin que considere justificado que la reducción de los precios de los vehículos tuviera su causa en la minoración de los costes de la red de concesionarios.

En fin, la Audiencia considera que el acuerdo de intercambio responde al designio de permitir el conocimiento de las estrategias comerciales que tenía como objetivo restringir la incertidumbre y la competencia en el mercado relevante afectado de la distribución del automóvil, descartando que el intercambio pudiera tener como finalidad transferir el conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación en el sector. Antes bien, aprecia de forma motivada que las características de la información intercambiada evidencia que tenía por finalidad conocer las estrategias de los competidores directos y la eliminación de la incertidumbre, con restricción de la competencia en las condiciones comerciales de la distribución de automóviles.

Es cierto que los intercambios de información entre competidores pueden responder a razones legítimas y por tal razón deben ser analizados en cada caso. Como hemos declarado en la STS 3643/2018, de 24 de octubre, la evaluación o análisis comparativo o benchmarking no está prohibida y ello en cuanto responde



al propósito de transferir el conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación con el objetivo de obtener mejoras y ganancias de eficiencias, si bien sucede que la alegada finalidad no ha resultado justificada y sí la restricción de la competencia, como se declara expresamente en el FJ 8º de la Sentencia impugnada. Y ciertamente, la única explicación razonable es que la decisión de compartir información obedece a la intención de no competir o hacerlo de forma atenuada, como indica la CNMC. Los abundantes datos objetivos y las razones que se exponen en la Sentencia impugnada, tras la valoración del acervo probatorio - entre el que se encuentra el dictamen pericial aportado por las recurrentes- no permiten alterar tal conclusión de que el objetivo del intercambio era la reducción de la incertidumbre en beneficio de las marcas partícipes, sin que resulte revisable en casación la valoración razonada de la prueba realizada por la Sala de instancia.

Finalmente, cabe abordar el tercero de los elementos antes reseñado, relativo al análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, la naturaleza de los bienes y servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y la estructura del mercado. En este punto es en el que esencialmente se centra la discrepancia de las recurrentes que entienden que se ha omitido la realización del análisis imprescindible para demostrar en qué modo la presunta restricción derivada del intercambio de información tiene un grado de nocividad suficiente como para ser calificado como una restricción de la competencia por su propio objeto contrario al artículo 1 LDC y 101 TFUE, en los términos de la Sentencia TJUE *Budapest Bank*.

Cabe destacar que en la propia resolución sancionadora de la CNMC se incorpora un análisis de dichos aspectos. Y, en este sentido, se observa que en el apartado II se incluye un estudio de la caracterización del mercado, que contiene un primer apartado sobre el marco normativo, un segundo apartado sobre el funcionamiento del mercado que parte de la descripción detallada de la DC (párrafos 135 a 168 PCH) del funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico- así como la estructura del mercado, con exposición de la oferta y la demanda. Se exponen sendos subapartados dedicados cada uno de ellos A) al mercado de producto afectado, que la DC define como el de distribución de vehículos a motor de las marcas citadas y sus redes de concesionarios incluyendo las ventas como las prestaciones de servicios y actividades postventa de vehículos en España, B) al mercado geográfico que es de ámbito nacional, afectando a la totalidad del territorio nacional y que la DC considera que podría ser susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que compartimenta el mercado nacional, y C) la estructura del mercado en el que se examina la oferta y las cuotas de mercado de las diferentes marcas señalando que la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes estaría en un 91% de la distribución de vehículos de automóviles en España, incluyendo la totalidad de las marcas generalistas y alguna de las denominadas Premium. También se examina el sistema de distribución de vehículos a través de concesionarios distinguiendo entre los concesionarios independientes (359) y los pertenecientes a marcas que pasaron de 90 a 102 y la rentabilidad de las redes de concesionarios. Se extiende el análisis a la prestación de las actividades y servicios de postventa, que abarca revisiones y reparaciones de vehículos, con referencia a las características de los talleres autorizados, de los talleres independientes y las cadenas de reparación fast-fit determinación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Respecto a la demanda en el mercado, refiere que está compuesta por multitud de sectores económicos, destacando el de los particulares, flotas de empresas y las dedicadas al alquiler de coches, para analizar en el ejercicio 2014 los ingresos y ventas de las redes de concesionarios, cifras de crecimiento y la segmentación de la demanda.

Todo ello nos lleva a concluir que se valoran los efectos anticompetitivos del acuerdo tras una evaluación objetiva y rigurosa de las condiciones y circunstancias en que se producen las prácticas colusorias. Consta un análisis previo del marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados así como de la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico- con exposición de la oferta y la demanda. En la propia resolución sancionadora se incorpora un análisis suficiente elaborado por la CNMC que permite deducir junto a los demás factores considerados el carácter nocivo del intercambio de información entre competidores.

El intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real. Puede afirmarse que el acuerdo de intercambio de información entre competidoras instauró un sistema de conocimiento mutuo y recíproco de las condiciones comerciales con la finalidad de restringir la competencia, acuerdo que tiene por sí un grado suficiente de nocividad para ser considerado restrictivo por su objeto, pues sólo podía pretender la modificación de las condiciones de la competencia en el mercado.

En conclusión, el intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales



que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real.

QUINTO.-Sobre la calificación de la conducta sancionada como cártel

La mercantil recurrente sostiene que solo cabría calificar como cártel aquellos intercambios de información que comprendan referencias a intenciones de precios o cantidades a futuro, sin que en este caso la información intercambiada se refiera a precios o cantidades a futuro, sino a "*datos recientes y actualizados (...) de naturaleza estratégica y comercial*".

1. En su redacción original, la disposición adicional 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, decía:

"A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones."

El artículo 3.3 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, dio nueva redacción a la disposición adicional 4.2 LDC en la forma siguiente:

"A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia."

El Preámbulo del RDI 9/2017 explica que las modificaciones que introduce en la LDC sirven a los objetivos exigidos por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, incluyendo en la transposición algunas de las definiciones del artículo 2 de la Directiva -entre las que se encuentra la definición de cártel que nos ocupa- con objeto de permitir una mejor comprensión de los restantes preceptos de la LDC:

"Por último, se incorporan al ordenamiento jurídico español en la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, una serie de definiciones incluidas en el artículo 2 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, con objeto de permitir una mejor comprensión de los restantes preceptos de la citada ley."

2.- Con esta modificación operada por el RDI 9/2017, la definición de cártel incorporada a la disposición adicional 4.2 LDC es por entero coincidente con la definición de la Directiva 2014/104/UE, que en su artículo 2, apartado 14, dice lo siguiente:

"cártel": todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia."

Esta definición de cártel esta reiterada, con igual contenido literal, en el Considerando 2 del Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE y en el artículo 1, apartado 11, de Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

3.- La interpretación de la sentencia impugnada sobre el concepto de cártel contenido en la disposición adicional 4.2 LDC no infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, pues las conductas que se identifican y sancionan como cárteles en la redacción hoy vigente de la LDC no difieren de las que eran objeto de sanción en la redacción original de la LDC de 2007 y ni en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, con encaje en el mismo tipo infractor de igual contenido literal, delimitado en el artículo 1 de dichas normas.



Ya hemos dicho en ocasiones anteriores, así en las sentencias de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1973/2014, FD 5), 1 de abril de 2016 (recurso 3691/2013, FD 4) y 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014, FD 2), que tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en sus artículos 1 la misma conducta, aquella que por su objeto o por sus efectos restrinja la competencia y el cártel no es sino un tipo o modalidad de acuerdo anticompetitivo entre competidores comprendido en el ámbito de la prohibición:

"Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio" en todo o en parte del mercado nacional, por lo que a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia.

La Ley 16/1989 no recogía una definición explícita del concepto de cartel, como sí lo hace ahora el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007 . Sin embargo, ello no evita que el cartel constituya un tipo de acuerdo entre competidores que cae en el ámbito de la prohibición del artículo 1 de la Ley 16/1989 , ya adopte la forma de acuerdo sobre los precios u otras condiciones comerciales o de un reparto de mercado.

(...)

Si bien es cierto que la Ley 15/2007 incorpora a su texto la definición de cártel... que no figuraban en la Ley 16/1989, sin embargo no cabe apreciar ninguna aplicación retroactiva de la primera norma, pues los acuerdos entre competidores para eliminar o reducir la competencia ya resultaban prohibidos en la Ley 16/1989..."

De acuerdo con los anteriores razonamientos, los acuerdos de intercambio de información entre competidores, en extremos relativos a precios y otros aspectos comerciales, con el alcance y contenido que hemos descrito en apartados anteriores de esta sentencia, constituyen por sí mismos una conducta colusoria tipificada en el artículo 1 LDC, con independencia de su calificación o no como cártel.

4.- Debe añadirse a lo anterior que ni siquiera la consideración de la conducta sancionada como cártel es determinante de la gravedad de la infracción

En la redacción vigente en la fecha de los hechos, el artículo 62 LDC en sus apartados 3 y 4, diferenciaba entre infracciones graves y muy graves en la forma siguiente:

"3. Son infracciones graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.

4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

Por tanto, el elemento diferenciador que determina la calificación de una conducta colusoria tipificada en el artículo 1 LDC como infracción grave o muy grave, se sitúa por el precepto transcrito en la intervención en las conductas descritas de empresas que no sean competidoras entre sí (infracción grave) o de empresas que sean competidoras entre sí (infracción muy grave), y sin duda el acuerdo colusorio al que se refieren estas actuaciones se llevó a efecto entre empresas que eran competidoras entre si-

4.- Sin perjuicio de lo que se acaba de expresar, cabe recordar, como señala la sentencia impugnada, que en la definición legal de cártel tienen cabida los acuerdos cuyo objeto *"incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata"* en las conductas descritas por el precepto de fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, de reparto del mercado o de restricción de las importaciones o las exportaciones, y tal interpretación no permite excluir del concepto de cártel aquellos acuerdos, como los de intercambios de información examinados en este recurso, que ofrecen a los participantes en los acuerdos sancionados un conocimiento actualizado y detallado de la composición de los precios de los competidores, con proyección futura y con aptitud para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, y además de lo anterior, el empleo de la conjunción "o" en la definición legal avala la tesis sostenida de la sentencia de instancia de que la disposición adicional 4.2 LDC no emplea un sistema de lista cerrada en la definición de cartel.

En este sentido, estimamos que la definición de cártel introducida en la LDC por el RDI 9/2017, se limita a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido, al destacar el carácter no cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel con la introducción de la expresión *"...mediante prácticas tales como, entre otras..."*, lo que despeja cualquier duda de



que debe calificarse como cártel una conducta de intercambio entre competidores de información comercial confidencial referente a los precios, como la examinada en este recurso.

5.- La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la definición de la disposición adicional 4.2 LDC, en su redacción original, no contenía una lista cerrada de conductas constitutivas de cártel que impidiera la calificación como cártel de prácticas colusorias como la de intercambio de información de determinadas características entre competidores.

Así resulta de la sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 3253/2014), que consideró aplicable la definición de cartel de la Ley 7/2015, en su redacción original, a una conducta de intercambio de información entre competidores sobre datos sensibles referidos a tarifas y precios, similar a la examinada en este recurso:

"En efecto, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que los intercambios de información que la sentencia impugnada considera acreditados, no pueden calificarse de cártel, de acuerdo con el tipo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que se entenderá por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones, pues estimamos que, en el supuesto enjuiciado, concurren los presupuestos para otorgar tal calificación, ya que la cooperación empresarial se produce entre las principales empresas que operan en el mercado de la peluquería profesional en España, que integran el que denominaron G-8, con el objeto de mantener su privilegiada posición y restringir la libre competencia en este mercado mediante la celebración de reuniones periódicas en que intercambiaron información de datos sensibles referidos a tarifas y precios de los productos de cuidado del cabello comercializados para su uso en peluquerías y otros aspectos sustanciales - volumen de ventas, descuentos al canal mayorista, comisiones de los representantes de ventas-, que facilitaron el desarrollo de una estrategia de negocio compartida."

En el mismo sentido, y también en relación con el mismo expediente sancionador (peluquería profesional) a que se refiere la sentencia anterior, las sentencias de esta Sala de 17 de junio de 2015 (recurso 2072/2014, FD 5) y 14 de marzo de 2018 (recurso 1216/2015, FD 5), estimaron aplicable la calificación de cártel, bajo la vigencia de la redacción original de la Ley 7/2015, para un acuerdo entre competidores no estrictamente de fijación de precios, sino *"sobre datos relativos a precios, intercambio de información sobre volumen de ventas, variaciones de ventas por familias de productos, participación de ventas en el canal mayorista, datos comerciales relativos a salarios, dietas, etc., así como a financiación a clientes y fabricantes"*.

Los anteriores razonamientos nos llevan a la conclusión de que un intercambio de información entre empresas competidoras referente a precios y otros aspectos comerciales, de las características detalladas en apartados anteriores de esta sentencia, que tiende directamente a hacer desaparecer la incertidumbre en el mercado y tiene aptitud para homogeneizar comportamientos comerciales, es constitutivo de una conducta colusoria incurso en el tipo infractor muy grave descrito en el artículo 1 en relación con el artículo 62.4 LDC, y tiene encaje en la definición de cártel de la disposición adicional 4.2 de la LDC, tanto en la redacción original de la Ley 15/2007 como en la redacción modificada del RDI 9/2017.

SEXTO.- Adicionalmente aduce la parte la infracción del artículo 65 LDC por la indebida aplicación del programa de clemencia determinante del expediente sancionador. Considera que la solicitud fue la causa de que se iniciaran las investigaciones que dieron lugar al expediente sancionador y el aludido artículo 65 circunscribe la clemencia a las empresas que aportan elementos que permitan comprobar una infracción del artículo 1 LDC, en relación con un cártel. Critica la Sentencia en cuanto afirma que la calificación como cártel no aporta ni quita nada a la tipificación de la infracción pues al contrario, la solicitud de clemencia fue la causa determinante de que se iniciara las actuaciones de investigación resultantes en el expediente sancionador y los elementos de prueba aportados fueron los que permitieron ordenar el desarrollo de las inspecciones que, a la postre, han fundado la imputación sancionada, y si tales conductas no hubieran sido calificadas como cártel la CNMC debería haber rechazado la solicitud y no podría haber utilizado esos elementos de prueba.

El alegato no puede ser acogido, en la medida que parte de la premisa que antes hemos rechazado, de la indebida calificación de la conducta sancionadas como cártel, en los términos que hemos expuesto. Como figura en autos, Seat presentó una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.1 a) de la LDC y tras la instrucción del expediente sancionador, la CNMC considera acreditada la existencia del cártel, por las razones expuestas en la resolución sancionadora, que es confirmada por la Sentencia aquí recurrida, sobre la que hemos realizado las anteriores consideraciones. Por consiguiente, no se observa la infracción del artículo 65 LDC y el alegato debe ser desestimado.

En este apartado y de forma subsidiaria, para el hipotético caso de que esta Sala albergara dudas de que los intercambios de información pudieran ser constitutivos de una infracción por objeto, considera pertinente el



planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 TFUE. Petición que hemos de rechazar, al no suscitarse dudas sobre la interpretación del derecho comunitario en relación a los intercambios de información estratégica, relevante en la fijación de precios y con un grado de nocividad suficiente, como la examinada y su calificación como infracción por objeto, sobre la que existe abundante jurisprudencia del TJUE que es aplicada por la Sala de instancia, sin que se generen dudas sobre la calificación de la infracción por objeto, a tenor de los razonamientos antes expuestos.

SÉPTIMO.- Denuncia la recurrente en último término y como cuestión vinculada a la anterior, la infracción del artículo 4.6 del RD 1398/1993, hoy artículo 29.6 LRJSP, en relación con la aplicación de la infracción única y continuada por la que Renault España ha sido sancionada. Argumenta que conductas que se pretenden calificar como infracción única y continuada deben responder de forma inequívoca con la ejecución de un plan preconcebido o en su caso, el aprovechamiento de idéntica ocasión y que de acuerdo con el relato fáctico de la Sentencia los intercambios de información sensible se habrían llevado a cabo en tres diferentes foros y que Renault no participó en el foro de postventa que se considera especialmente relevante en la Sentencia al haber podido reducir la incertidumbre estratégica del mercado, y que tan solo comenzó a participar en el llamado Club de Marcas en febrero de 2006, esto es, más de dos años después de su puesta en funcionamiento.

Pues bien, esta misma alegación es analizada y rechazada por la Sentencia de instancia que en su fundamento jurídico 11º recuerda la jurisprudencia del TJUE y concluye que los intercambios de información estratégica sobre cifras, márgenes y resultados de las redes de concesionarios y servicios postventa se realizaron en ejecución de un plan preconcebido y utilizando con la misma finalidad infractora similares métodos.

En realidad, lo que plantea la recurrente es su singular participación en la infracción única, pues el argumento que desarrolla bajo para sustentar la infracción del artículo 4.6 RD 1398/1993, -hoy artículo 29.6 LRJSP- se ciñe a poner de manifiesto su limitada intervención en la infracción única, tanto en el aspecto temporal como en uno de los tres foros considerados en la resolución sancionadora. Así aduce en el apartado 2º de su escrito que Renault España Comercial sólo comenzó a participar en un único foro, el "Club de Marcas" a partir de febrero de 2006, razón por la que no cabe la imputación por la supuesta implementación de un plan preconcebido o del aprovechamiento de una "idéntica ocasión". Cuestión ésta que no incide propiamente en la correcta calificación de la infracción única y continuada descrita en la resolución sancionadora, antes bien, guarda relación con su singular participación y responsabilidad en dicha infracción y en la determinación de la sanción impuesta -cuya proporcionalidad no se cuestiona- y en la que se toma en consideración la concreta conducta desarrollada en el cártel por Renault, razón por la que procede desestimar el alegato y el recurso en su integridad.

OCTAVO.- Doctrina jurisprudencial

La apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo de intercambio de información entre empresas competidoras exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias en las que se producen las prácticas, singularmente, el marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados.

La calificación de un acuerdo de intercambio de información como infracción "por objeto" exige que resulte debidamente acreditado que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia mediante el examen de aspectos relevantes, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, tal como se expone en el FJº 4º.

Los intercambios de información sobre elementos que condicionan, integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieren directamente a precios finales, constituyen una infracción por objeto y pueden ser considerados como cártel de acuerdo con las consideraciones expuestas en el Fundamento jurídico 5º.

NOVENO.- Conclusión y costas procesales.

En consecuencia, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A (RECSA), contra la sentencia de 27 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 682/2015.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; debiendo mantenerse, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y octavo:

1.- NO HA LUGAR al recurso de casación núm. 2227/2020, interpuesto por RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A. (RECSA), contra la sentencia de 27 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 682/2015.

2.- Sin imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuenta a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ