



Roj: **STS 2439/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2439**

Id Cendoj: **28079130032021100108**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/06/2021**

Nº de Recurso: **5428/2020**

Nº de Resolución: **807/2021**

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

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5028/2019,**
ATS 300/2021,
AATS 2237/2021,
STS 2439/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 807/2021

Fecha de sentencia: 07/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5428/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

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

Transcrito por: MAS

Nota:

R. CASACION núm.: 5428/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 807/2021

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 7 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 5428/2020, interpuesto por el procurador de los tribunales D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de la mercantil NISSAN IBERIA S.A. y asistida por el Letrado Don Antonio Fernández Guerra, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de diciembre de 2019, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 624/2015, formulado contra la resolución de 23 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Expte. S/0482/2013). Fabricantes de Automóviles.

Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO representada y defendida por el Abogado del Estado, y la mercantil SEAT, S.A., representada por el procurador don Antonio Barreiro Meiro-Barbero, bajo la dirección letrada de doña Irene Moreno-Tapia Rivas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 624/2015, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 27 de diciembre de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por NISSAN IBERIA S.A., contra la resolución de 23 de julio de 2015 de la Comisión nacional de los Mercados y la competencia (Expte. S/0428/13. FABRICANTES DE AUTOMOVILES), por la que se le impuso una sanción por importe de 3.157.671 euros, con expresa condena en costas a la actora".

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en los siguientes fundamentos jurídicos: del 7 al 12

<<SÉPTIMO.- Rechazadas las razones que la actora calificó de forma, entraremos con los motivos sustantivos o de fondo.

Los dos primeros, identificados en el fundamento segundo de esta sentencia, se pueden resolver en un razonamiento conjunto; se considera vulnerado el principio de presunción de inocencia provocado por un defecto de calificación y tipificación de la Administración. Sostiene que no se podían obtener indicios y elementos de juicio por la CNMC sobre la base de la indebida aplicación del procedimiento de exención del pago de la multa a SEAT, corroboran sus pretensiones puesto que los intercambios de información de cuya existencia informó SEAT a la CNMC, solicitando la aplicación del programa de exención del pago de la multa a cambio de información y documentación, sin embargo, no eran constitutivos de una infracción de cártel.

Lo que está cuestionando la actora es que, al calificarse como una infracción de cártel, la conducta sancionada por el intercambio de información no tiene cabida en la previsión normativa dada por la redacción de la disposición adicional cuarta de la LDC.

Establecía la citada disposición en su punto 2, en la redacción vigente en la fecha aplicable a este expediente sancionador "[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. [...]". Este precepto fue modificado por 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 (BOE de 27 de mayo) y con entrada en vigor en el momento de su publicación.

Lo que se está sancionando por la CNMC es el intercambio de información entre competidores proscrito en el 1.1 de la LDC que prohíbe "[t]odo 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 [...]"; reproducción del artículo 101.1 del



TFUE donde se establece que "[s]erán 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 [...]". El que el medio utilizado para cometer la infracción haya sido la formación o a través del cártel formado por las empresas sancionadas ni aporta ni quita nada a la tipificación de la infracción cometida ni a la sanción impuesta. De hecho, el artículo 62 de la LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención de su artículo 1.

La previsión de la disposición adicional tiene un carácter descriptivo de lo que puede ser considerado como cártel, pero no excluye que a través de una formación de estas características sea cometida una infracción como la sancionada. De hecho, puede y suele constituir un vehículo idóneo para que esta infracción sea cometida.

En esta línea podemos recordar lo dicho en la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, (DOUE de 14 de enero de 2011). En ella se recogen determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles. Así en su apartado 59 se puntualiza que "[l]a comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel. [...]". Por lo tanto, en los intercambios de información horizontales entre competidores puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando la colusión.

Esta línea hermenéutica pone de manifiesto que no existe problema alguno de tipicidad en los términos expresados por la actora por el hecho de que, estando implicadas las entidades sancionadas en un cártel, hayan sido sancionadas por intercambio de información a pesar de que en la descripción de la disposición adicional cuarta no estuviera expresamente recogida esta conducta en la descripción de las diferentes prácticas colusorias que induzcan a pensar que estemos ante un cártel.

El carácter descriptivo de la disposición adicional cuarta se corrobora tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, con un elenco que no hace más que fijar con un mayor rigor los términos de la norma española al marco de la Directiva Comunitaria.

De hecho, una interpretación como la propuesta por la actora resultaría irreconciliable con el Derecho de la Unión, en el propio artículo 101.1 del TFUE, en el que la definición de las prácticas colusorias incluye todo acuerdo "[e]ntre 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 [...]". La referencia a "en particular" y la descripción de algunas conductas, significa que las recogidas por el texto tienen un mero carácter descriptivo, puesto que lo determinante para que exista una práctica anticompetitiva es, que bien por objeto o por efecto, se impida, restrinja o falsee la competencia en el mercado.

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 recabada 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 Snap-On 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.

NOVENO.- Hechas estas consideraciones, procede analizar la prueba aportada por la parte recurrente, constituida por los informes elaborados por Compass Lexecon, de cara a la posible aplicación de la previsión



contemplada en el artículo 1.3 de la LDC "[L]a 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. [...]"

Con esta prueba pericial se pretende acreditar que el intercambio de información, que repetimos no se negó, habría ayudado a algunas marcas a reducir los costes de los concesionarios e incrementar su rentabilidad. Añaden que la teoría económica predice que, en mercados competitivos con importantes economías de escala, estas reducciones de costes de los concesionarios se traducen en una mayor intensidad competitiva y una reducción del precio de venta final, y que el análisis de los datos aportados refleja una caída del precio medio de venta en España durante el periodo de intercambio de la información mientras que se ha producido un incremento de precio medio en otros países afines de la zona euro. Por todo ello, concluye que la información intercambiada era apta para generar eficiencias, aumentó la rentabilidad de los concesionarios que se tradujo en mayores descuentos a los consumidores finales y se produjo una reducción de los precios finales.

Pues bien, a la vista del contenido de los referidos informes, debemos concluir que no ha quedado acreditada la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC por las razones que pasamos a exponer.

Así, el aumento de la rentabilidad de los concesionarios no presupone necesariamente la mejora de la producción o la distribución de los productos, ni el fomento del progreso técnico o económico. No se ha probado que los intercambios de información fueran indispensables para conseguir el objetivo de mejorar la rentabilidad de los concesionarios y que no existiera otro modo económicamente viable de lograrlo. Tampoco se explica con el suficiente detalle que la bajada de los precios de los vehículos tenga como causa directa e imprescindible los intercambios de información y que, por tanto, el nexo causal entre los intercambios de información y las eficiencias alegadas sea directo.

Ni podemos, en fin, estimar que los intercambios tuvieran por finalidad un ejercicio de benchmarking por las razones que acabamos de exponer y por el carácter estratégico y comercialmente sensible de los datos suministrados por las marcas participantes.

DÉCIMO.- Ya hemos anticipado en el fundamento octavo que estamos ante una infracción por objeto. Relacionada con esta calificación, pasaremos a examinar otros de los motivos invocados por la demanda, en los que se pretende desvirtuar la sanción impuesta ante la falta de concreción o materialización de la práctica colusoria en el mercado.

Recordemos que la STJUE de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands y otros), en la interpretación del artículo 101 TFUE, ha reputado que también están prohibidas, además de las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores, las que tienen un objetivo contrario a la competencia a través de un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes.

Por ello, todo operador debe determinar autónomamente su política y condiciones comerciales, como dicen las SsTJUE de 31 de marzo de 1993, (Ahistrom Osekaye y otros, asuntos acumulados C-89-85, C-104-85, C114-85, C-116-85, C117-85 y C-125) y 27 de octubre de 1984, (Fiatagri y New Holland Ford/Comisión).

La 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. Pero sí se opone, 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 [...]", como prescribe la STJUE de 19 de marzo de 2015 (C-286/13, Dole Food y Dole Germany/Comisión, apartados 119 y 120).

Cuando estamos ante casos como el enjuiciado, como recuerda la ya citada sentencia de T-Mobile Netherlands, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario



a la competencia (30). Por ello, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, solo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios (31).

En esta misma línea se ha pronunciado la STS de 25 de julio de 2018, recurso 2917/2016, reiterada por la posterior de 1 de enero de 2019, recurso 259/2019, en las que se analizan las infracciones por objeto distinguiéndolas de las infracciones que tienen algún efecto.

Estable el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del TJUE, 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. El intercambio de información entre competidores sobre precios individualizados de los productos que comercializan, que incluya datos no públicos, permite disponer de una información privilegiada que disminuye los riesgos y facilita la adaptación de su conducta al mercado.

Si bien reconoce que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que estos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia, un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre en el comportamiento de las partes.

Por ello, añade la jurisprudencia, que el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor.

De la doctrina citada podemos razonablemente concluir que, ante una infracción por objeto y precisamente las características de este tipo de infracción, resulta irrelevante o innecesario que se acredite efecto o consecuencia alguna en el mercado, como pretende poner de relieve la actora para desvirtuar la comisión de la infracción por la que ha sido sancionada.

DÉCIMOPRIMERO.- Continuando con los problemas de tipificación, abordaremos el que estemos ante una infracción única y continuada.

La Sala de Competencia entendió que el hecho de que los intercambios de información se hubieran realizado en el marco de foros distintos (Club de Marcas, Foro de Directores de Posventa y Jornadas de Constructores), no impediría apreciar la unidad de la infracción al haberse acreditado que tales intercambios de información estratégica relativos a cifras, márgenes y resultados de las redes de concesionarios de las marcas y actividades de posventa, se realizaron en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y además utilizando, con la misma finalidad infractora, similares métodos, lo que constituiría una vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Esta calificación es conforme a la doctrina del TJUE. En su sentencia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41, se indica que "[c]uando las diversas acciones se inscriben en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto [...]", recordando lo dicho en anteriores sentencias (Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 81; Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, apartado 258).

La consecuencia de esta doctrina, es que para ser sancionado no se requiere la participación en todos los hechos que determinan la práctica concertada. La mayor o menor intensidad de la participación, únicamente tiene consecuencias en relación con la graduación de la sanción, pero no excluye la responsabilidad de la empresa.

Este criterio ha sido reiterado en la STG (Tribunal General) de 17 de mayo de 2013 (Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y siguientes), y en la STJUE de 24 junio 2015, (asunto C-263/2013).

DÉCIPOSEGUNDO.- Por último, solo nos falta por analizar la queja que se centra en la multa que le fue impuesta.



Considera que no es ni proporcional ni es razonable el ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMC. La multa de 3.157.671 euros supone un porcentaje del 1,10% de su volumen de negocios en el año 2014. La reputa arbitraria y falta de justificación la metodología empleada por la CNMC para determinar la sanción. Dice desconocer porque se le atribuye una cuota de participación en la conducta en un porcentaje del 1,5%, y que no hay proporcionalidad de la multa. Tampoco comprende que, por una supuesta infracción de 62 meses de duración, le acabe correspondiendo un porcentaje del 1,10% de su volumen de ventas en 2014, lo que revela una falta de criterio comparativamente con las impuestas a otras partícipes.

Este motivo de queja coincide sustancialmente con el invocado por otras empresas sancionadas en el mismo expediente, por lo que la respuesta debe ser análoga, tanto por respeto al principio de seguridad jurídica como al de unidad de doctrina que damos en los recursos 570, 631, 695, 708, 656, 700, 707, 617, 627, 666, 689, 682, 713, 682, 718, todos del 2015 (todos excepto el recurso 663/2015, que sobre este particular ha merecido una diferente valoración).

Sé que reconduce la cuestión a determinar si, en efecto, la cuantía de la multa impuesta excede de los límites que establece la Ley 15/2007 y si, dentro de ellos, se ajusta además a los parámetros que fija la misma.

Para ello debe partirse de que la infracción sancionada se califica por la LDC como muy grave, calificación a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, esto es, 2014; siendo así que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

La individualización de la sanción a cada uno de los sujetos responsables se efectúa tomando en consideración la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, que está relacionada directamente tanto con dicho volumen, como con la duración de la conducta de cada empresa.

A tal efecto las empresas responsables fueron requeridas para que aportaran el valor del mercado afectado por la conducta en cada caso, esto es, el valor correspondiente a la comercialización de automóviles de cada marca y la realización de otras actividades de postventa (como la comercialización de las piezas y recambios originales para los automóviles de la marca), según correspondiera a la imputación a cada una de ellas, entendiéndose que la mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales. Siendo ello así, considera la resolución recurrida, conforme al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas, que ha de ajustarse el porcentaje de la sanción al alza o a la baja en función de la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta durante el tiempo en que ésta resulta acreditada.

Además, se ha reducido el porcentaje aplicado a las empresas cuya conducta haya tenido una duración inferior a la media, y particularmente cuando ésta haya sido inferior a los 36 meses, y en la individualización de cada sanción se ha atendido a la participación de las mercantiles en los tres, en dos o en uno de los esquemas de intercambio de información (Club de marcas, Foro de Postventa y Jornadas de Constructores).

También se ha tomado en consideración el hecho de que algunas marcas se hayan retirado de todos o algunos de los foros en los que participaban (CITROËN, FORD, MERCEDES y PEUGEOT respecto del foro de Postventa; BMW, GENERAL MOTORS, HONDA y TOYOTA respecto del Club de Marcas; y KIA, MAZDA, SEAT y VOLKSWAGEN respecto de ambos).

Se ha valorado el criterio del beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras si bien, dado que las cifras de volúmenes de negocio de las participantes en los foros de intercambios de información no son homogéneas debido a su diferente estructura societaria -y dado que algunas de ellas, como Ford, tienen separadas en distintas sociedades las actividades de fabricación, distribución y exportación, mientras que otras, tal es el caso de FORD y GENERALMOTORS, integran en una única sociedad esas actividades, con la correspondiente repercusión en términos de incremento comparado del volumen de negocio, que es el que se utiliza como referencia casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la compañía y su cuota de matriculación de turismos en España-, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras. Asimismo, en los casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la compañía y su cuota de matriculación de turismos en España, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras.

Por último, la resolución ha cuantificado el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas, importe que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas



sucesivas, el volumen total de negocios de la empresa en 2014 (287.061.039 euros en el caso de NIBSA), el tipo sancionador (1,1% para la recurrente), y la multa correspondiente (3.157.671 euros) la cual resulta de aplicar el tipo al volumen de negocios.

Todas estas precisiones constituyen la motivación de la sanción y se apoyan en los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, incorporando además una referencia expresa a la configuración del mercado afectado, a la duración del cártel, y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere la jurisprudencia sobre esta materia -gravedad de la infracción, alcance, características del mercado afectado, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre, como decimos, hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta, y a concretar el tipo sancionador.

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

Y es que, como refleja la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C- 194/14 P, AC-Treuhand AG "[a] la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181) [...]".

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante. El sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC , como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

Por otra parte, la vulneración del principio de proporcionalidad no puede reducirse a una mera comparación entre el importe de las sanciones impuestas a las distintas entidades sin atender a los factores de corrección que la propia resolución reconoce haber aplicado y a las diferencias existentes entre ellas, que excluyen la identidad de situaciones de partida imprescindible para poder apreciar un trato discriminatorio. La supuesta discriminación, además de no acreditarse, se desvirtúa cuando la motivación de la sanción es suficiente y su cuantía resulta proporcionada al grado de responsabilidad que se acredita.

Sin que pueda desconocerse que el tipo sancionador finalmente aplicado a NIBSA, fue del 1,1 %, muy alejado no solo del máximo del 10% establecido para las infracciones muy graves, sino también de lo que podría considerarse el grado medio de la multa, lo que hace decaer los argumentos expuestos por la recurrente sobre la inaplicación de circunstancias atenuantes.>>

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la NISSAN IBERIA S.A. recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante auto de 4 de septiembre de 2020, que al tiempo ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 15 de enero de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

<< **1.º)** Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Nissan Ibérica, 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 n.º 624/2015.

2.º) Precisar que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en matizar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, 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.

3.º) Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Todo ello 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.

4.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

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

6.º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.>>

Por Auto de 15 de febrero de 2021, se acuerda la rectificación de error material, solicitado a instancia de la recurrente, acordando:

<< Rectificar el Razonamiento jurídico tercero y el Acuerdo 3.º de la parte dispositiva del auto de 15 de enero de 2021 dictado por esta Sala en el recurso de casación n.º 5428/2020, y donde dice "[...] y el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea", deberá decir "[...] y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea"; quedando ratificado el mencionado auto en los demás extremos. Sin costas>>

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 9 de marzo de 2021 se acuerda que, recibidas las actuaciones procedentes de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, y una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación. El procurador de D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero en nombre y representación procesal de la Nissan Iberia S.A., recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 12 de marzo de 2021, presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"Acuerde la anulación de la resolución de la Sala de competencia del Consejo de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0428/13), que impuso a NISSAN IBERIA, S.A. una sanción de 3.157.671 euros "por su participación el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing desde junio de 2008 hasta agosto de 2013".

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2021 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes recurridas a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso:

1.- El Sr. Abogado del Estado presentó escrito el 6 de mayo de 2021, en el que efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"Que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que, fijando la doctrina interesada en el apartado QUINTO, DESESTIME, el recurso y confirme la sentencia recurrida.

2.- No efectuando el traslado conferido SEAT, S.A.

SEXTO.- Por providencia de fecha 13 de mayo de 2021, se acuerda de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, no haber lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria atendiendo la índole del asunto, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda; y por providencia de 13 de mayo de 2021 se designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat, y se señala este recurso para votación y fallo el día 1 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil NISSAN IBERIA, S.A., al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015, que, resolviendo el expediente S/0482/13, impuso a la mencionada sociedad la sanción de multa de 3.157.671 euros.

El pronunciamiento del Tribunal de instancia se sustenta en el argumento referido a que la conducta realizada por la mercantil NISSAN IBERIA S.A., consistente en participar en los intercambios de información confidencial relativos, entre otros ámbitos de su actividad empresarial, a las estrategias de red, la organización respecto de los descuentos a aplicar, sobre precios franco fábrica que aplica cada marca a sus concesionarios, la reducción de costes y de stocks de vehículos nuevos y usados, las previsiones de venta de las empresas fabricantes de automóviles que formaban parte del denominado "Club de Marcas", así como acerca de la facturación postventa de recambios y de los talleres, mecánicos, acciones para asegurar la accesibilidad de la red de concesionarios y sobre las políticas de marketing, son constitutivas de una infracción de cártel, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la ley de Defensa de la Competencia, en cuanto dichas conductas tienen aptitud para distorsionar la libre competencia pues, tratan de uniformizar las condiciones comerciales y la incertidumbre en el mercado de distribución y comercialización de vehículos de motor en España, debiendo calificarse de una infracción por objeto.

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en el argumento de que la sentencia impugnada infringe los artículos 1, 65 y disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, así como el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al calificar un intercambio de información de cártel, a pesar de que el intercambio de información no se refiere a precios o cantidades futuras ni se ha traducido en fijación de precios.

Se cuestiona la sentencia recurrida porque confirma los intercambios de información como cártel sin reparar en sí concurren los presupuestos de ambos tipos infractores de acuerdo con las normas y la jurisprudencia europea y nacional, en cuanto considera suficiente para esa calificación que los intercambios de información versen sobre datos de naturaleza estratégica y comercial y que pudieran reducir la incertidumbre en el mercado, siendo irrelevante o innecesario que se acredite efecto o consecuencia alguna restrictiva de la competencia.

También se imputa a la sentencia de la Audiencia Nacional la vulneración del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por cuanto el Tribunal de instancia hace una inadmisibles aplicación de la infracción única y continuada por la que ha de ser finalmente sancionada, ya que las características acreditadas de su participación en las conductas sancionadas evidencian que no pueda aplicarse dicha figura sancionadora.

SEGUNDO.- Sobre el marco normativo aplicable y acerca del contexto jurisprudencial que resulta relevante para resolver el recurso de casación.

Antes de abordar el examen de las cuestiones jurídicas planteadas por la defensa letrada de la mercantil NISSAN IBERIA, S.A. para fundamentar el recurso de casación, procede reseñar el marco jurídico aplicable y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo que consideramos relevante para resolver este litigio.

A) El Derecho estatal.

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, prescribe:

"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."

B) El Derecho de la Unión Europea.

El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dispone:

"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."



C) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

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 practicas 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>>.

Procede también reseñar 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, 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.>>.

D) La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cabe hacer mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 en el asunto C- 228-2018 *Budapest Bank*, en la que se 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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.

Sobre la distinción entre las infracciones *por objeto* y *por efecto*, el Tribunal General, en la sentencia de 10 de diciembre de 2014 (T-90/11), sintetiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

"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 Hungría 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 Hungría Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se funda el recurso de casación referidas a la vulneración de los artículos 1 y 65 y disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , así como de la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso de casación.

La controversia casacional suscitada en este recurso de casación, referida, en su aspecto sustancial, a determinar si la conducta sancionada tiene la consideración de restricción de la competencia por su objeto, tal como se reflejó en el Auto de admisión, ha sido resuelta por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de abril de 2021 (RC 2681/2020), en la que dijimos:

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 defienden las recurrentes, 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 cártelistas 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 denominados 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 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 las recurrentes 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 diseño 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 si 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.

Las mercantiles recurrentes sostienen 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 cártel, 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 cártel 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 cártel.

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 cártel 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."

Cabe, asimismo, descartar que la sentencia impugnada haya utilizado indebidamente la figura de la infracción única y continuada, puesto que consideramos que el Tribunal de instancia acierta al apreciar que concurren los requisitos para calificar la conducta imputada a NISSAN IBERIA, S.A. de infracción única y continuada, pues los intercambios de información que se realizaron en los distintos foros (Club de Marcas, Foro de Directores de Postventa y Jornadas de Constructores), que tuvieron lugar bajo la cobertura de un plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único.

Con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sentencia de instancia pone de relieve que el hecho de que la infracción dure varios años no es óbice para que se pueda calificar la conducta restrictiva de la competencia de única si se identifica el elemento de unidad de acción y finalidad, lo que acontece en el supuesto enjuiciado, en que se ha constatado que los intercambios de información relativos a la estrategia empresarial, a los servicios postventa y a las políticas de marketing responden a una misma finalidad económica como es la de afrontar los efectos derivados de la crisis económica que afectó gravemente al mercado de distribución y comercialización de vehículos de motor.

CUARTO.- Sobre la pretensión de formación de doctrina jurisprudencial acerca del artículo 1.1 de la Ley 15/007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con la antijuridicidad de las acciones de concertación entre empresas para el intercambio de información y restricciones de la competencia por su objeto.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal como se expone en el fundamento jurídico 3º.

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 3º.

En consecuencia con lo razonado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil NISSAN IBERIA, S.A. . contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 27 de diciembre de 2019, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 624/2015.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de condena en costas a la parte demandante efectuada en la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , una vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a los servicios profesionales prestados por los abogados del turno de oficio al amparo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:

Primero.-Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil NISSAN IBERIA, S.A., contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo número 624/2015.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento respecto de las costas del proceso de instancia en los términos fundamentados.:

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

Así se acuerda y firma.