



Roj: **SAN 5022/2019 - ECLI:ES:AN:2019:5022**

Id Cendoj: **28079230062019100473**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **627/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5022/2019,**
ATS 11503/2020,
STS 2286/2021

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000627 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05302/2015

Demandante: BMW IBERICA, S.A.U.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: URBAN SCIENCE ESPAÑA; S.L.U., SEAT, S.A., MERCEDES BENZ ESPAÑA; S.A. Y HONDA MOTOR EUROPE LIMITED; SUCURSAL EN ESPAÑA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 627/2015 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **BMW IBERICA, S.A.U.**, contra la resolución de 23 de julio de 2015, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en



el expediente sancionador S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMOVILES, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 8.031.780 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han comparecido la mercantil URBAN SCIENCE ESPAÑA; S.L.U. representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen; la mercantil SEAT, S.A. representada por el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro Barbero; la mercantil MERCEDES BENZ ESPAÑA; S.A. representada por el Procurador D. Emilio Martínez Benítez y la mercantil HONDA MOTOR EUROPE LIMITED; SUCURSAL EN ESPAÑA representada por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia que declare la nulidad de la resolución impugnada y como consecuencia de ello:

"...anuladas todas sus declaraciones e intimidaciones, incluida la multa impuesta a BMW Ibérica. Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la resolución, estime la anulación o reducción sustancial de la multa impuesta a BMW Ibérica por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

La mercantil codemandada SEAT, S.A. presentó asimismo escrito de contestación a la demanda solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO. - Una vez practicadas las pruebas admitidas, se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 9 de octubre de 2019, fecha en la que se inició, prolongándose la deliberación en sucesivas sesiones.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la mercantil BMW IBERICA, S.A.U impugna la resolución de fecha 23 de julio de 2015 dictada por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMOVILES cuya parte dispositiva acuerda:

"PRIMERO . Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 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 , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO . De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

3. BMW IBERICA, S.A.U. como empresa distribuidora de los automóviles de la marca BMW en España, por su participación en 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.

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

(...)

3. BMW IBERICA, S.A.U.: 8.031.780 euros.

(...)

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

Concretamente, la resolución sancionadora impugnada considera que *"la infracción está constituida por el intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada. Los intercambios de información eran parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos de intercambio de información, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada*



por foros específicos de comercialización y posventa, utilizando métodos y sistema de seguimiento con la misma finalidad, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013. La información intercambiada entre las empresas incoadas cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por dichas empresas mediante su red de concesionarios: venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales".

Y, según la valoración realizada por la CNMC, ese intercambio de información encaja plenamente en las características de acuerdo colusorio restrictivo de la competencia descrito en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal así como en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia constituyendo una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia de naturaleza muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC.

La actividad que se prohíbe en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. Y para su existencia no se requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. Y por ello la CNMC ha considerado acreditada una infracción única y continuada constitutiva de una infracción por objeto del artículo 1 citado, calificada como cártel.

En este sentido, la CNMC justifica dicha calificación en la resolución sancionadora señalando que: "*Como consecuencia de la información intercambiada, los participantes conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como el beneficio neto antes de impuestos (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio*".

Y la CNMC concluye: "*Es indudable que el tipo de información intercambiada debe ser considerada información estratégica de las empresas, por lo que su puesta en conocimiento al resto de competidores rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado*". Y sigue diciendo: "*... que la conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación con la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados*".

En el caso de la entidad aquí recurrente, BMW IBERICA, S.A.U., la resolución impugnada concreta que: "*es la empresa distribuidora de los vehículos automóviles del Grupo BMW en España y la que suministra los vehículos y piezas a los concesionarios con los que suscribe contratos para su distribución. Desde octubre de 2001, BMW también comercializa vehículos automóviles de la Marca MINI, y desde septiembre de 2013, vehículos automóviles eléctricos de la marca BMWi. El objeto social de BMW incluye, entre otros, la comercialización de automóviles, motocicletas, recambios y accesorios de la marca BMW en España...*".

SEGUNDO. - En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente BMW IBERICA, S.A.U. se solicita la nulidad de la sanción impuesta y, subsidiariamente, que se reduzca su importe y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Niega que los intercambios de información por los cuales se le ha sancionado puedan calificarse como de conducta colusoria por el objeto constitutiva de cártel. En este sentido, el recurrente sostiene que no concurre ninguno de los elementos indispensables del cártel de acuerdo con la definición recogida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia.

2. Niega que el intercambio de información sea de información comercialmente sensible, estratégica y de futuro. Al contrario, considera que los intercambios de información sancionados reunían las características de benchmarking como así resulta del informe pericial denominado "Análisis económico del intercambio de información entre marcas en el sector de los vehículos de motor" emitido por la entidad Compas Lexecon.

3. Entiende que es errónea la calificación de la conducta como una infracción única y continuada que englobaría, según la CNMC, tres comportamientos: Clubs de Marcas, Indicadores de Postventa y Jornadas de Constructores. La recurrente sostiene que la agrupación de esas tres iniciativas en una sola actuación concertada carece de justificación alguna en lo que respecta a BMW Ibérica. Refiere que se incorporó al denominado Club de Marcas en el mes de junio del año 2008 dejando de participar en el mismo en el mes de noviembre del año 2009 y ello hace incomprensible que se considere esa participación como parte de una única infracción con el Foro de Postventa que inició su actividad en marzo de 2010.



4. Impugna el método de establecimiento de la sanción económica por cuanto no se ha ajustado a los criterios recogidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015. Entre los criterios que debían tenerse en cuenta y que entiende no se han seguido son (1) la determinación del mercado afectado y del mercado relevante y (2) la determinación del cálculo orientado a la determinación del posible beneficio ilícito.

5. Finalmente, sostiene que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de multa.

TERCERO.- En los correspondientes escritos de contestación a la demanda presentados por el Abogado del Estado y por la defensa de la mercantil codemandada SEAT, S.A. interesan la confirmación de la resolución sancionadora.

Básicamente sostienen que la naturaleza de los intercambios de información entre los fabricantes de automóviles es restrictiva de la competencia por el objeto por cuanto eliminó la incertidumbre entre las empresas competidoras al conocer variables comerciales de sus competidores que implicó un intercambio de información comercialmente sensible y estratégica. Y añaden que, aunque el intercambio de información en los diferentes foros no incluyó estrictamente precios o cantidades futuras, ello, no obstante, no puede excluir la consideración de cártel ya que el citado intercambio permitió a las marcas coordinar su comportamiento competitivo en el mercado con el fin de reducir o de eliminar la competencia en el mercado afectado.

CUARTO.- Una vez centrado el objeto de debate analizaremos previamente si las conductas sancionadas encajan en las prohibiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que dispone:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica 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:

La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

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.

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".

La CNMC ha entendido que los fabricantes de automóviles han cometido una infracción del referido artículo 1 de la LDC que se ha calificado como infracción única y de carácter continuado que se corresponde con la actuación conjunta de los fabricantes de automóviles de las distintas marcas que encaja en la consideración de cártel.

Y, según la apreciación recogida por la CNMC en la resolución impugnada, las conductas colusorias que han sido sancionadas se han producido entre los fabricantes de automóviles con arreglo al siguiente mecanismo y forma de funcionamiento. Y en este momento resulta pertinente esbozar de manera general, la lógica y funcionamiento de la práctica sancionada tal y como se desprende de la resolución recurrida y que este Tribunal ahora asume. Los fabricantes de automóviles y distribuidoras de varias marcas intercambiaron información:

1.- Sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y postventa de los automóviles en España desde, al menos, el año 2006 hasta el mes de julio del año 2013, fecha en que se realizaron inspecciones en las sedes de algunas de las empresas sancionadas. Junto a las empresas que participaron en ese intercambio de información, la CNMC señala, además, la participación de la mercantil SNAP-ON como facilitadora y colaboradora desde el mes de noviembre del año 2009.

2. Sobre los servicios y actividades de postventa, así como respecto a las actividades de marketing en España desde el mes de marzo del año 2010 hasta, al menos, el mes de agosto del año 2013. Junto a las empresas que participaron en ese intercambio de información, la CNMC señala, además, la participación de la mercantil URBAN como facilitadora y colaboradora desde el año 2010.



3. Sobre las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de postventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y las mejores prácticas a adoptar por cada una de las marcas con ocasión de las denominadas Jornadas de Constructores. Intercambio que, según la CNMC, tuvo lugar desde el mes de abril del año 2010 hasta el mes de marzo del año 2011.

La CNMC refleja en la resolución sancionadora que la información intercambiada tenía carácter estratégico, era desagregado y actual y, por tanto, apta para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado de los fabricantes de automóviles de las distintas marcas respecto a parámetros estratégicos. Con esa actuación, según la CNMC, se reducía la independencia de la conducta entre las marcas participes y disminuía los incentivos para competir. Y siguiendo esta línea argumentativa, la CNMC sostiene que:

"Estos intercambios de información comprendían, por tanto, gran cantidad de datos, tales como (i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de postventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes".

Y la CNMC concluye que *"todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible..."*. Y sigue diciendo la resolución sancionadora que ese tipo de coordinación entre las empresas tiene el grado de nocividad suficiente como para poder ser considerada como una restricción de la competencia por el objeto porque ello *"...si constituía información suficientemente representativa y por tanto apta para reducir la incertidumbre y para que los competidores actuaran en consecuencia modificando su conducta en el mercado"*.

QUINTO.- Como hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho la CNMC en la resolución sancionadora ha entendido que los fabricantes de automóviles se intercambiaron información comercialmente sensible y estratégica que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado impidiendo, restringiendo o falseando la competencia lo que permitió su consideración como infracción colusoria por el objeto. Además, según refiere la CNMC, dicho comportamiento constituye una infracción única y continuada por cuanto el intercambio de información realizado entre las distintas empresas competidoras, en relación con distintas áreas comerciales, formó parte de un plan común con una unidad común de propósito por parte de los fabricantes de automóviles dirigido a reducir la incertidumbre en relación con la actuación de sus competidores. Y ello porque dada la naturaleza y características de la información intercambiada pudo conocerse cuáles eran las acciones estratégicas adoptadas por las empresas competidoras lo que supuso que se restringiera la competencia en el mercado afectado en cuanto se produjo *"una drástica disminución de la incertidumbre en el proceso de determinación de precios y otras relevantes condiciones comerciales"*, según sostiene la CNMC en la resolución sancionadora impugnada. Y ello porque la información intercambiada, según refiere la CNMC, venía constituida por datos estratégicos, desagregados, actualizados y confidenciales.

Por el contrario, la mercantil ahora recurrente apoya su defensa refiriendo que la información compartida no era ni estratégica ni comercialmente sensible, ni era completa ni desagregada y, por tanto, entiende que no puede calificarse como de conducta colusoria por el objeto por cuanto no permitió un alineamiento entre las empresas competidoras; al contrario, considera que ese intercambio de información permitió incrementar la eficiencia en el mercado ya que la información compartida permitió identificar medidas eficaces para reducir los costes de la red de concesionarios y a mejorar su rentabilidad promoviendo así una competencia más intensa entre las marcas y sus redes de concesionarios lo que supuso una mejora y eficiencia en el mercado tal como se acredita en el informe pericial emitido por la entidad Compass Lexecon. Asimismo, destaca que no se produjo una reducción en la intensidad competitiva entre las marcas ni tampoco existió una alineación de sus políticas retributivas frente a la red de concesionarios como se demuestra, según refiere, porque las cuotas de mercado entre las marcas fueron dispares; las marcas lanzaron nuevos productos y servicios durante los intercambios de información como nuevos servicios de postventa y nuevas formas de financiación compitiendo agresivamente.

Vistas las posiciones enfrentadas que mantienen las partes en este proceso, corresponde a esta Sala analizar la naturaleza de la información que intercambiaron los fabricantes de vehículos de motor en España, y entre ellos, la mercantil recurrente BMW IBERICA, S.A.U.

Pero una correcta evaluación de la naturaleza y características de la información intercambiada exige analizar, previamente, cual es el mercado de producto afectado y como es la estructura de ese mercado.



En este caso, según ha expuesto la CNMC, el mercado del producto afectado es el mercado de la distribución de vehículos a motor de las diversas marcas distribuidos en España a través de las redes oficiales de concesionarios, incluyendo la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España, tanto nuevos como usados, así como la prestación de los servicios y actividades de postventa de tales vehículos en España. Por tanto, según la CNMC se está ante un mercado en el que se ha incluido la venta de vehículos automóviles, los recambios y accesorios, así como la prestación de servicios y actividades de postventa de dichos vehículos realizadas por las marcas fabricantes de los vehículos automóviles a través de sus redes oficiales de concesionarios.

Sin embargo, la recurrente no comparte la integración en un mismo mercado de producto la venta de automóviles y la prestación de los servicios y actividades de postventa de dichos vehículos, especialmente, porque en este último mercado pueden formar parte tanto los fabricantes de automóviles como los talleres de reparación independientes de las marcas.

Esta Sección no comparte la tesis de la recurrente. Consideramos que existe integración estratégica entre las actividades comerciales de venta y las actividades de postventa que justifica su integración en un mismo mercado de producto relevante. La distribución de los automóviles por los fabricantes de los mismos, incluyendo la mayorista al concesionario y la minorista al cliente final, a través de las redes oficiales de concesionarios, se planifica de un modo único incluyendo tanto la venta del vehículo como la prestación de un servicio de postventa de los mismos, toda vez que las marcas a través de sus redes oficiales de concesionarios venden a sus clientes una solución integral de movilidad duradera en el tiempo integrada por la venta de un producto (el vehículo) y la prestación de los servicios necesarios para su buen funcionamiento (servicio de postventa). No cabe duda de que un buen servicio de postventa contribuye muy favorablemente al índice de compra y de recompra de vehículos de una marca por parte de los clientes.

En consecuencia, el mercado de venta y el mercado de postventa tienen un carácter interdependiente y complementario que ha justificado su consideración como un único mercado de producto dada la presencia simultánea de los fabricantes de automóviles como proveedores en ambos mercados de tal manera que las dinámicas competitivas de uno y otro influyen entre sí.

Por otra parte, destacamos que han sido las propias empresas sancionadas las que con sus conductas han determinado el carácter complementario de ambos mercados - el de venta y el de postventa- ya que intercambiaron información relativa a ambos mercados puesto que eran conocedores del impacto que en la venta de automóviles en una época de crisis económica tenían los precios ofrecidos en los servicios de postventa de tal manera que las dinámicas competitivas de uno y otro se influían entre sí cuando, además, los fabricantes de automóviles eran proveedores en ambos mercados.

Entendemos, por tanto, que ha sido correcta la determinación por parte de la CNMC del mercado del producto afectado por las actuaciones de los fabricantes de automóviles que, en una época de crisis económica que afectó de forma grave al sector automovilístico, perseguían obtener una mayor rentabilidad en sus redes de concesionarios y para ello debían proteger tanto la venta de automóviles como el servicio de postventa que prestaban dichas redes. Concluimos, por tanto, que existe una integración estratégica total entre actividades comerciales de venta y de postventa que justifica su consideración como un único mercado de producto relevante.

Dada la diversidad y multitud de datos intercambiados que, además, en su gran mayoría, afectan a la estrategia de las redes de concesionarios, esta Sala entiende que para poder determinar cuál es la naturaleza y características de la información intercambiada entre los distintos fabricantes de automóviles es conveniente relatar previamente el funcionamiento y estructura de este mercado que se caracteriza porque las marcas de automóviles en España aplican la modalidad de la distribución selectiva a través de una Red oficial de concesionarios, que permite limitar el número de los distribuidores y establecer unos criterios de selección cualitativos, para garantizar una calidad y solvencia de las empresas integradas en la red. En ese sistema de distribución selectiva la organización de la actividad comercial de la venta, de servicio posventa, marketing y el modelo de negocio del distribuidor en su conjunto se configura por la marca hasta el punto de que son las empresas distribuidoras de los vehículos a través de sus redes oficiales de concesionarios quienes comunican un precio de venta recomendado para que sea el concesionario quien finalmente establezca libremente el precio final de venta aunque está estrechamente relacionado con la política de remuneración establecida por la marca a su red de concesionarios. Dicha remuneración se compone de una retribución fija o margen básico, no dependiente de la cantidad de vehículos vendidos por el concesionario y percibido como un menor precio (descuento) del precio pagado por el concesionario a la marca, y una retribución variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica. Aunque las redes de concesionarios actúan en su nombre y por cuenta propia, no obstante el proveedor de las marcas le impone



una serie de obligaciones relacionadas con la previsión de venta y entrega, vehículos en stock, de exposición y demostración, garantía por defectos, gestión de relaciones con los clientes o promoción comercial, así como la obligación de entregar toda la documentación relativa a la actividad comercializadora del concesionario, como resultados de ventas, prestación de servicios posventa o previsiones de demanda con objeto de facilitar al proveedor la realización de las actividades de estrategia y promoción comercial, la realización de estudios de mercado, campañas de rellamada y taller, entre otras.

SEXTO.- Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, las partes enfrentadas en autos mantienen posturas diferentes sobre las características de la información intercambiada que constituye un elemento esencial para determinar si esas conductas son o no anticompetitivas.

Para poder determinar si un intercambio de información entre competidores es susceptible de "tener por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia" es relevante analizar las características de la información que se intercambia. Y para ello acudiremos a la regulación recogida en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011). Dicha regulación parte de la idea de que cada empresa es quien debe determinar de forma independiente la política que se propone adoptar en el mercado, así como las condiciones que se propone ofrecer a sus clientes de tal manera que, cuando las empresas competidoras entre si sustituyen el riesgo de la competencia por una cooperación practica entre ellas debe entenderse que son acuerdos y cooperación colusoria. Y en el epígrafe (75) se dice expresamente que:

"La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca efectos negativos apreciables en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada".

Destacamos los siguientes epígrafes que determinan cuales son las características que debe reunir un intercambio de información entre empresas competidoras para que pueda calificarse como de conducta colusoria. Las características que deberá reunir la citada información son:

1. Información estratégica:

(61):" *El intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir".*

(58):" *El intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".*

(86):" *El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. (...) La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio".*

2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura

(73):" *Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio".*

(90):" *No es probable que el intercambio de datos históricos de lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".*

3. Información desagregada

(74): "Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

(89): "Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tiene muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa".

4. Frecuencia del intercambio de información

(91): "Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En mercados más inestables pueden ser necesarios unos intercambios de información más frecuentes con objeto de facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. (...) No obstante, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio, también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos".

5. Información de datos públicos o privados

(92): "Por lo general, no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente pública es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente".

SÉPTIMO.- Corresponde ahora analizar si la información intercambiada entre las empresas fabricantes de automóviles reúnen esas características.

La mercantil recurrente no niega su participación en el intercambio de información pero refiere que, en ningún caso, ese intercambio podía ser constitutivo de un acuerdo colusorio por dos razones básicamente: primera, la información intercambiada no permitía conocer ni la política ni la estrategia comercial de cada competidor ni tampoco las políticas de precios de las demás ni las estructuras de remuneración y márgenes de los concesionarios porque los datos que se intercambiaban eran antiguos, agregados y públicos; segunda porque la única pretensión de dicho intercambio era mejorar la viabilidad de las actividades de venta y de postventa de las redes oficiales de los concesionarios y para ello se entendía oportuno conocer las prácticas que habían dado buenos resultados en la gestión empresarial de las distintas redes de concesionarios.

En el expediente administrativo figura numerosa prueba documental relativa a los datos, documentos e información que se intercambiaron los fabricantes de vehículos de motor de las distintas marcas. No obstante, ante esa variedad y diversidad, vamos a destacar aquellos documentos que evidencian de forma clara que la información intercambiada reunía las características antes referidas por cuanto afectaban a datos y a información estratégica, desagregada y actual que nos lleva a concluir que se estaba ante una práctica concertada colusoria por cuanto se pudieron conocer las estrategias comerciales presentes y futuras de las empresas competidoras en sus relaciones con las redes oficiales de concesionarios lo cual eliminó la incertidumbre entre los competidores al conocer datos de la política comercial propia de cada empresa como era el número de ventas, rentabilidad, servicios de financiación, precios de las piezas de recambios.... Y, además, ese intercambio permitió acomodar la política comercial de cada fabricante atendiendo a las estrategias de sus competidores en lugar de actuar asumiendo sus propios riesgos en el mercado.

Y, en este sentido, destacamos la siguiente información que se intercambiaron los fabricantes de automóviles y que reúne las características antes aludidas para poder hablar de práctica concertada colusoria. Y son:

1. Información de manera codificada sobre el número y unidades de vehículos vendidos (nuevos y usados), sus ingresos y el beneficio obtenido tanto en ventas como en recambios y en servicios postventa que remitían de forma trimestral mediante un fichero Excel (folio 12864 del expediente administrativo).

2. Información sobre la reestructuración de sus redes de concesionarios, planes comerciales futuros a adoptar y las remuneraciones presentes y futuras a las redes de concesionarios como rápeles cualitativos (folios 47 a 52, 57 a 73 del expediente); gastos financieros de vehículos nuevos y vehículos de ocasión incluyendo el stock medio de vehículos nuevos, de ocasión y recambios (folios 76 a 78 y 82 a 104 del expediente). Destacamos en este sentido los datos reflejados por los fabricantes de automóviles participantes en la reunión del mes de noviembre de 2009 en la que se indica expresamente en relación con la elaboración del informe de marcas que se incluya como información "gastos financieros de la póliza de stock VN" (folio 96).

3. Información sobre las medidas financieras adoptadas con la finalidad de incrementar la liquidez de la red de concesionarios como se aprecia en el folio 98 del expediente en el que consta:

" CITROEN, 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".

4. Información relativa a los planes adoptados en la organización interna de la red de distribución (reestructuración de la Red, eliminación de concesionarios), sobre los planes para la gestión de stocks de automóviles de la redes de concesionarios de cada uno de ellos y las acciones comerciales para la mejora de la rentabilidad y la tesorería a adoptar en el corto plazo (entre otras aumento de rápeles, buyback, reducción de costes fijos, campañas de reducción de stock, aumento de incentivos y mejoras en financiación de la red (folios 76 a 78 y 82 a 104 del expediente). Destacamos la información intercambiada en la reunión de 16 de abril de 2009 en la que se recogen las medidas que querían adoptar cada uno de los fabricantes participantes en relación con el beneficio en la venta de sus vehículos y así se indica cual es el sistema de financiación previsto por cada uno de los fabricantes intervinientes; además, se comunican el rápel cualitativo y su porcentaje.

5. Información sobre el periodo de pago de los recambios en número de días post factura (folios 8160 y 8161 del expediente).

6. Información sobre el peso otorgado en términos porcentuales asignado a la retribución fija y a la retribución variable a los concesionarios, así como los conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, el sistema de bonus, la financiación de las campañas y la financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios (folios 12272 y folios 2317 a 2319 del expediente).

7. Información sobre las condiciones de financiación de los vehículos nuevos, así como de los recambios indicando el periodo libre de intereses, tipo de interés, tipo de interés por tramo de días, penalización tras límite de días, garantías (folios 1301 a 1307 del expediente).

8. Información sobre las exigencias de capital social y circulante mínimos exigidos para los nuevos contratos firmados por las marcas y sus concesionarios (folios 8742 a 8744 del expediente).

9. Información relativa a sus estructuras organizativas del departamento de postventa (folio 1120 del expediente).

10. Información sobre los descuentos que cada marca aplicaba en factura a sus concesionarios, además de los rápeles que pagan cada uno de ellos (folios 1104 y 1105 del expediente). Concretamente en el folio 1104 se indica: *"... nosotros en Honda hacemos un descuento en factura del 11% y luego el dealer puede conseguir 2,5% en rápeles al trimestre".*

11. Información sobre los sistemas de remuneración y márgenes comerciales (fijos y variables) de las distintas marcas (folio 10892 del expediente).

12. Información sobre la remuneración de dichas marcas a sus concesionarios por bono calidad y bono volumen (folios 1459 a 1463 del expediente). Asimismo, se comunican en algunos casos los descuentos ofrecidos a sus concesionarios para la venta de sus modelos más representativos (folio 13052 del expediente).

13. Información sobre datos relativos a los gastos de personal de la red de distribución desglosados en gastos de personal de los recambios, del taller mecánico y chapa y pintura (folios 210 a 238, 363 y 364 del expediente).

A la vista de la diferente información intercambiada antes expuesta, podemos concluir que la misma afectaba a numerosos aspectos que son propios de la estrategia comercial de cada empresa fabricante de automóviles, especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con sus respectivas redes oficiales de concesionarios. Y ese intercambio de información permitió un comportamiento concertado entre competidores para la fijación de variables que eran determinantes de su actuación en el mercado y que, además, debían adoptarse de forma individualizada lo cual permitió eliminar la incertidumbre existente en el mercado al conocer cuál iba a ser la actuación comercial y estratégica de sus competidores especialmente en relación con la gestión de las redes oficiales de concesionarios de cada una de las marcas implicadas.

Es poco creíble y razonable entender que, cuando los fabricantes de automóviles intercambian la información antes expuesta, perseguían un propósito distinto del que implica un alineamiento de todas las empresas competidoras. Ninguna otra explicación razonable puede encontrarse a que se intercambiaran, entre otros, los datos estratégicos relativos a remuneración y márgenes comerciales a las redes oficiales de concesionarios, o los datos desagregados que recogían las principales cifras y resultados económicos en aspectos tales como los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por



departamentos en importes totales y en porcentaje y las cifras de gastos (en porcentaje y en total). Además, era una información actualizada ya que se remitía con bastante periodicidad (en algunos casos era mensual) lo que favorecía su utilidad para diseñar estrategias o para condicionar comportamientos futuros. Finalmente, no es cierto que los datos compartidos fueran públicos porque, a diferencia de lo que entiende la recurrente, no podían obtenerse ni de la Dirección General de Tráfico ni de FACONAUTO.

Por otra parte, no puede obviarse que, atendiendo al peculiar funcionamiento del mercado del producto afectado, los diversos datos que se intercambiaron analizados de forma global y conjunta y no de forma aislada, como pretende el recurrente, permiten alcanzar el valor de información estratégica, desagregada, suficientemente representativa y relevante y, por tanto, apta para eliminar la incertidumbre en el mercado de venta y de postventa de los vehículos de motor distribuidos por los fabricantes de las distintas marcas a través de sus redes oficiales de concesionarios que se encargaban de su comercialización al consumidor final. Especialmente, porque los fabricantes de vehículos de motor con la información intercambiada podían conocer las estrategias comerciales de sus competidores con influencia, al menos, de forma indirecta en el precio del vehículo y del servicio de postventa y en el proceso de determinación de otras condiciones comerciales relevantes -sistema de financiación o número de visitas al taller, por ejemplo- y, con ese conocimiento podían, además, ajustar su comportamiento al de sus competidores eliminando incertidumbre y riesgos.

Precisamente son las características atribuidas a la información intercambiada lo que permite a esta Sala concluir que son conductas que restringen la competencia cuyo objetivo era la coordinación entre competidores para reducir los riesgos competitivos y aumentar artificialmente la transparencia en el mercado.

La mercantil recurrente, sin embargo, niega que la finalidad perseguida con el intercambio de información fuera un alineamiento en el comportamiento de los distintos competidores eliminando con ello la competencia entre ellos. Al contrario, refiere que lo que pretendían era conseguir eficiencias en el mercado ya que se estaba ante una práctica de benchmarking por cuanto el intercambio de información permitió identificar estrategias para reducir eficaz y rápidamente los costes en las redes oficiales de concesionarios lo cual se tradujo en una mayor rentabilidad de los concesionarios y ello tuvo una relación directa en los precios y en los descuentos ofrecidos al consumidor en la compra de los vehículos. Apoya esta afirmación en el informe pericial aportado y ratificado en la vía judicial emitido por la entidad Compass Lexecon. En dicho informe se sostiene que el intercambio de información permitió identificar estrategias para reducir eficaz y rápidamente los costes en las redes oficiales de concesionarios que se tradujo en una mayor rentabilidad de los concesionarios y ello tuvo una relación directa en los precios y en los descuentos ofrecidos al consumidor en la compra de los vehículos. Precios que, según expone, se estabilizaron en España frente a la subida de precios que se produjo en el resto de los países de Europa y que, según refiere dicho informe, fue precisamente el intercambio de información lo que ocasionó una caída en los precios de los vehículos.

El cierto que el contexto en el que los fabricantes de automóviles se intercambiaron la información aludida fue en un contexto de crisis económica grave que afectó especialmente al sector automovilístico. Y ello provocó una importante caída en las ventas de vehículos lo cual motivó que los fabricantes de automóviles entendieran oportuno que debían adoptarse medidas para proteger especialmente a las redes oficiales de concesionarios (encargados de la comercialización de los vehículos y del servicio de posventa) de graves pérdidas económicas e, incluso, de su cierre. Y, también es cierto que, precisamente, el intercambio de información permitió a las marcas mejorar su conocimiento respecto de lo que estaba haciendo el competidor para mejorar la rentabilidad de sus redes de concesionarios lo que efectivamente se consiguió. Sin embargo, no existe una verdadera prueba- más allá de las consideraciones recogidas en el informe pericial- de que los precios de los vehículos se estabilizaron como consecuencia de la reducción de los costes de los concesionarios, como así sostiene la recurrente para justificar la eficiencia en el mercado, o si fue debido a la menor demanda de vehículos dada la grave situación de crisis económica en España en ese periodo.

En consecuencia, no podemos compartir la afirmación de la recurrente de que el intercambio de información supuso un lícito benchmarking. Al contrario, declaramos que las características que tenía la información intercambiada permitía conocer la política comercial y estratégica de los competidores y ello permite su consideración como conducta colusoria calificada como anticompetitiva por el objeto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por cuanto ha supuesto una práctica concertada entre los fabricantes de automóviles que tenía por objeto o podía producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Conducta que se ha tipificado correctamente como infracción muy grave en el artículo 62.4.a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Concluimos que figuran en el expediente administrativo numerosos indicios y pruebas que ponen de manifiesto que las empresas fabricantes de automóviles de las distintas marcas mantuvieron entre ellas diversos contactos, bien a través de reuniones o bien a través de correos electrónicos, que implicaron una actuación conjunta y común en un mismo mercado con un mismo objetivo: principalmente perseguían obtener una



mayor rentabilidad en las redes oficiales de concesionarios y para ello se comprometieron a remitir de forma periódica -según los datos, podía ser mensual, trimestral o anual- datos que permitían conocer los resultados económicos de sus competidores, así como las medidas estratégicas y comerciales que eran eficaces para mantener la viabilidad de los concesionarios mejorando la venta de vehículos.

OCTAVO.- La CNMC ha calificado esa práctica concertada entre los fabricantes de automóviles como un cártel constitutivo de una infracción única y continuada por el objeto.

La recurrente niega la existencia del cártel y de una práctica concertada entre los fabricantes de automóviles que pueda calificarse como conducta anticompetitiva por el objeto. En todo caso, sostiene que sería una práctica concertada que solo sería anticompetitiva si efectivamente se hubieran producido efectos colusorios en el mercado que la CNMC no ha demostrado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile en su párrafo 26 refiere que:

" Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es 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 (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C104/85, C114/85, C116/85, C117/85 y C125/85 a C129/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".

Esa misma sentencia del Tribunal de Justicia en sus párrafos 30 y 31 refiere que:

"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. 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.

(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo 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".

La recurrente sostiene que la practica concertada que la CNMC ha calificado como de colusoria no puede tener la naturaleza de cártel porque la conducta imputada -intercambio de información- no encaja en la definición de cártel recogida en la Ley de Defensa de la Competencia.

Es cierto que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en su Disposición Adicional Cuarta define cártel como: "A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo o practica 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 colusorias en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia".

Sin embargo, no podemos compartir la tesis de la recurrente porque cuando en la definición de cártel antes referida se especifican que practicas pueden integrar un cártel utiliza la expresión "entre otras" lo que permite entender que se está ante una lista abierta de prácticas integrantes de un cártel y no ante una lista cerrada como dice la recurrente que le lleva a concluir que, como la conducta del intercambio de información no está incluida en esa lista, entonces no puede integrar un cártel.

Cabe, además, indicar que la "Comunicación sobre el programa de clemencia" emitida por la CNC en junio de 2013, siguiendo los criterios de la Comunicación de la Comisión Europea sobre Clemencia, no recoge tampoco una lista cerrada de prácticas colusorias que integran un cártel. Al contrario, establece un concepto amplio al señalar que:

" Los cárteles consisten en conductas colusorias entre competidores, reales o potenciales, prohibidas por el artículo 1 de la LDC y tipificadas como infracciones muy graves, de acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC . El



apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC incide además en su carácter secreto y en que se trata de conductas con un objeto anticompetitivo".

Asimismo, la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01) en su epígrafe 59 reconoce que la comunicación de información entre competidores se considerará, por lo general, cárteles. Y la consideración de que el intercambio de información constituye un cártel implica que se está, además, ante una restricción de la competencia por el objeto. Así se indica específicamente en los epígrafes 72 y 74 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal donde se recoge que cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto especialmente cuando la naturaleza del intercambio de documentación suponga por sí misma esa restricción. En el epígrafe 74 se dice de forma expresa:

" Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

Por otra parte, la conducta analizada se ha desplegado por los fabricantes de automóviles con arreglo a un comportamiento propio de un cártel. Y son los datos siguientes los que nos llevan a esa conclusión:

1. La práctica concertada entre los fabricantes de automóviles se ha desarrollado de forma institucionalizada, a través de la colaboración de empresas consultoras - URBAN y SNAP-ON- lo que ha facilitado el desarrollo de los acuerdos de intercambios de información. La institucionalización del cártel lo dota, además, de caracteres de estabilidad y homogeneidad.
2. La práctica concertada se ha desarrollado de forma secreta y confidencial. Incluso los propios fabricantes de automóviles participantes en ese intercambio de información manifiestan su inquietud por el carácter de la información intercambiada poniendo en duda su legalidad en relación con la competencia y por ello insisten en numerosas ocasiones en el carácter confidencial de los datos aportados y que deberían ser secretos para terceros. Por eso se opta por identificar a las marcas con un número o letras.
3. Era un intercambio de información basado en el carácter de reciprocidad hasta el punto de que, en algunas ocasiones, se generó inquietud entre las empresas participantes ante el retraso en proporcionar la información, o por la mala calidad o inconsistencia de la información compartida (folios 6864 y 11126 del expediente). Además, las empresas competidoras que se reunían con bastante regularidad - las reuniones se convocaban, según el ámbito de información remitida, por las empresas SNAP-ON Y URBAN- para garantizar que la información no pudiese ser utilizada por un tercero adoptaron protocolos de actuación en los que se destacaba la naturaleza confidencial de la información intercambiada (folios 12853 a 12857, 19486 a 19488 del expediente).

Concluimos que concurren en la conducta colusoria analizada las características de un cártel ya que la existencia de un cártel implica una práctica concertada entre competidores de carácter secreto dirigida a obtener una alineación en el comportamiento competitivo de las empresas ocasionando efectos restrictivos de la competencia a través, en este caso, de intercambios de información de datos estratégicos y actuales de la política comercial de cada empresa.

Y es precisamente la naturaleza del objeto de la práctica colusoria sancionada lo que permite considerar que estamos ante una infracción por el objeto lo cual impide admitir la afirmación de la recurrente cuando considera que la CNMC debió analizar la incidencia que dicha conducta tuvo en el mercado. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019 dictada en el recurso de casación 4323/2017 refiere que únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una infracción por el objeto es entonces cuando se puede exigir que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrario a la competencia. Y en dicha sentencia, el Tribunal Supremo, referida también a un intercambio de información entre competidores, fija doctrina jurisprudencial en materia de defensa de la competencia y concluye que cuando nos encontramos ante infracciones por objeto, no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Con igual sentido se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 4 de julio de 2009 (asunto C.8/08 T-Mobile) cuando afirma:



(36): "...el tenor literal del artículo 101 TFUE no permite considerar que únicamente se prohíban las prácticas concertadas que tengan un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores".

(41): "...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 las modalidades de la adaptación que la empresa interesada pone en práctica, incluido, como en el litigio principal, cuando la adaptación se refiere a la reducción de la retribución estándar de los distribuidores".

Por tanto, la infracción imputada es por el objeto y no por sus efectos de tal manera que, se entiende cometida la infracción cuando empresas que son competidoras entre sí adoptan una práctica concertada que impide, restringe o falsea por sí sola la competencia al reducirse o eliminar deliberadamente la incertidumbre de las empresas competidoras a la hora de tomar sus decisiones.

NOVENO.- La mercantil recurrente no comparte que se le pueda considerar como responsable de una infracción única y continuada por cuanto su participación, que admite, se produjo de forma discontinua en su caso en los tres ámbitos tenidos en cuenta por la CNMC para alcanzar esa calificación. Y fueron el Club de Marcas, el Foro de Postventa y las Jornadas de Constructores.

Es cierto que la CNMC en la resolución sancionadora agrupa la información intercambiada entre los fabricantes de automóviles en tres ámbitos de actuación propios de su gestión empresarial: venta, postventa y marketing. Sin embargo, ello no implica que deban verse como ámbitos de actuación autónomos entre sí; al contrario, forman parte del mismo mercado de producto y, además, están interrelacionados ya que persiguen una misma finalidad económica como es salvaguardar de la crisis económica a las redes oficiales de concesionarios. La reorganización por parte de la CNMC de la información intercambiada en ámbitos concretos de la gestión empresarial no implica que cada uno de ellos tenga su propia autonomía a los efectos de valorar el comportamiento de las empresas participantes y, especialmente, a la hora de enjuiciar la existencia de una infracción única y continuada dada la interconexión existente.

Por ello, compartimos con la resolución dictada por la CNMC que el intercambio de información analizado cualquiera que haya sido el ámbito de comunicación -bien el Club de Marcas, bien el Foro de Postventa o bien las Jornadas de Constructores- encaja en el concepto de infracción única y continuada por cuanto se trataba de un plan común dirigido a una única finalidad económica llevado a cabo por las empresas fabricantes de automóviles que eran competidoras entre sí para la fijación de variables determinantes de su actuación en el mercado como eran, entre otras: la rentabilidad y facturación de sus redes de concesionarios desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; estructura de las redes de concesionarios; política de financiación de los vehículos realizadas por las redes de concesionarios; campañas de marketing al cliente final; programas de fidelización de sus clientes; facturación de piezas de recambio y accesorios (neumáticos y aceite).

Estamos, por tanto, ante una infracción que se califica como única y continuada lo cual implica que pueda sancionarse a las empresas por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no hayan participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de intercambio de información salvo que hayan manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

Y, en el caso de la mercantil recurrente, consta a través de correos electrónicos, notas manuscritas y actas de reuniones su participación en el intercambio de información en los tres ámbitos definidos por la CNMC: Club de Marcas, Foro de Postventa y en las Jornadas de Constructores desde junio de 2008 hasta agosto de 2013. Y no consta que mostrara públicamente su decisión de abandonar ese plan común en ninguno de esos ámbitos por lo que es responsable de esa infracción única y continuada por formar parte de ese plan común, aunque no haya participado en todas las reuniones ni haya recibido todos los correos electrónicos. Sin perjuicio, de que su participación temporal concreta se considere como un criterio que deberá tenerse en cuenta en el momento de graduarse la cuantía de la sanción.

Por todo lo expuesto, decimos que la conducta analizada es perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 por cuanto varias empresas actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo de actuación conjunta participando en un intercambio de información de datos estratégicos, futuros y confidenciales de las empresas que permitía conocer con precisión y fiabilidad las estrategias ya implementadas o futuras, así como la política comercial de las marcas con sus redes oficiales de distribución en relación con las actividades de venta y postventa eliminando así los riesgos derivados de la gestión de las redes de distribución selectiva de cada una de las marcas participantes. Se reducía así la incertidumbre a la que se enfrentaban por cuanto conocían la estrategia comercial de los competidores ya que conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (talleres



y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), el beneficio neto antes de impuestos (en porcentaje y en total), así como los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio de información. Además, su puesta en conocimiento al resto de las empresas competidoras rompe con la lógica empresarial y quebranta las normas básicas del funcionamiento competitivo del mercado al permitir que los competidores actuasen en consecuencia modificando su conducta en el mercado.

DÉCIMO.- Finalmente, la recurrente afirma la falta de motivación y de proporcionalidad en la determinación del importe de la multa, así como el método de cuantificación de esta. Y solicita la nulidad de la multa o subsidiariamente la reducción de su importe pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de acuerdo con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013).

Esta Sección rechaza la tesis de la recurrente y concluimos que la CNMC en la resolución sancionadora que ahora revisamos ha fijado el importe de la multa aplicando los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia teniendo en cuenta la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 por el Tribunal Supremo. Doctrina jurisprudencial que se ha reiterada en otras posteriores y que determina que el método para la cuantificación de las sanciones es el fijado en el artículo 63 de la LDC que es el precepto que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones y no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Además, el Tribunal Supremo en la citada sentencia añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

En este sentido, consta como en la resolución impugnada la CNMC analiza cada una de las circunstancias recogidas en el artículo 64 citado destacando que *"algunos elementos permiten valorar el grado de lesividad y el carácter dañino dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC . (...) La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los periodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otras empresas con unos servicios de más calidad. Las marcas participantes en el cártel gozaron, por tanto, de una protección respecto de su funcionamiento en el mercado impropia de un entorno competitivo en ausencia de intercambio de información sensible, beneficiándose ilícitamente de una estabilidad artificial en sus actuaciones en el mercado afectado"*.

Además, la CNMC ha tenido en cuenta que *"la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes en las conductas analizadas en este expediente sancionador estaría en torno al 91% de la distribución de automóviles en España, incluyendo la casi totalidad de marcas denominadas generalistas y algunas de las denominadas Premium"*.

Asimismo, ha tenido en cuenta la duración de la infracción como parámetro de individualización pero que ese factor también se utilizará como guía para la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas pues la duración general de la conducta revela, asimismo, en cierta medida su alcance y efectos.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios del artículo 64 citado que sirven para valorar la infracción en general, se ha individualizado la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y precisamente porque los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, es por ello por lo que constituye un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada entidad.

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente BMW IBERICA el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 2.068.039.101 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado se fijó en el 2,5%. La CNMC refleja en la resolución impugnada 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"*.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción y para ello aplica al volumen de negocios total de la empresa en el año 2014 el tipo sancionador con el límite del 10% del artículo 63 de la LDC que, en el caso de la recurrente, ha sido del 0,70%. Ello ha supuesto una



sanción por importe de 8.031.780 euros que no puede entenderse desproporcionada teniendo en cuenta que se encuentra significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción por cuanto se ha fijado una participación de 59 meses -la participación máxima fue de 90 meses- y una cuota de matriculación de vehículos en el año 2013 del 3,8%.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el 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)."*

Finalmente, en el caso de la recurrente la utilización de un tipo sancionador del 0,70%, situado prácticamente en el punto mínimo del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, no podemos calificar como de desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación que se ha realizado con arreglo a criterios homogéneos para todas las empresas para así evitar arbitrariedades en su fijación.

UNDÉCIMO. Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 627/2015 promovido por el Procurador D. Ramon Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **BMW IBERICA, S.A.U.**, contra la resolución de 23 de julio de 2015, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMOVILES, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 8.031.780 euros que confirmamos al entender que es ajustada al ordenamiento jurídico.

2. Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 08/01/2020 doy fe.