



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063451

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 2917/2016

SUMARIO:

Defensa de la competencia. Prácticas concertadas. Intercambio de información relevante entre empresas competidoras. Reducción de la incertidumbre estratégica. Infracciones por objeto y por efecto. La jurisprudencia del TJUE ya distinguió entre las prácticas que tienen un «objeto» contrario a la competencia y las que tienen un «efecto» contrario a la competencia, al hilo de la interpretación del art. actual art. 101 del TFUE, entendiendo que son condiciones no acumulativas, sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 101 TFUE. 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. Es cierto que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, pero 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. De modo 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.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 137.

Ley 1/2000 (LEC), art. 385.

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), art. 1.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

Don FERNANDO ROMAN GARCIA



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.359/2018

Fecha de sentencia: 25/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2917/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2917/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1359/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso



D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2917/2016, interpuesto por el procurador de los tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España, bajo la dirección letrada de don Carles Prat, contra la sentencia de 25 de mayo de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 55/2012, contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 19 de enero de 2012. Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El representante legal de la entidad Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España (en adelante Montesa Honda) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 55/2012).

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Montesa Honda S.A., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de enero de 2012, por la que se le impone una sanción de 2.098.280 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y, anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados y por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, de conformidad con los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013. Sin hacer expresa imposición de costas.».

La sentencia estimó parcialmente el recurso interpuesto por la entidad recurrente en casación contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de enero de 2012 por la que se le impuso una sanción de 2.098.280 € por la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. La sentencia anuló dicha resolución en el particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, devolviendo las actuaciones para que la CNMC dicte otra resolución fijando el importe, conforme a los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/2013).

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, planteado por el cauce del art. 88.1.d) de la LJ, invoca la infracción de los artículos 1.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, art. 137 de la Ley 30/1992, art. 385 de la LEC y la jurisprudencia del TJUE por entender que para alcanzar la conclusión de que existe una práctica concertada restrictiva por objeto aplica indebidamente las reglas de presunción de inocencia, carga de la prueba y presunciones. En concreto, al presumir la existencia de una concertación, por entender que la carga de la prueba de este elemento corresponde a la Administración.

La jurisprudencia comunitaria, ante la constatación de una concertación, permite presumir que si las partes han permanecido activas en el mercado, han coordinado su comportamiento debido a esa concertación. La sentencia presume la antijuricidad del intercambio de información.



A juicio de la recurrente, el elemento de la «antijuridicidad de la concertación» debe acreditarse debidamente y en particular tomando en consideración el contenido, finalidad y contexto del acuerdo, sin que la antijuridicidad pueda presumirse, como, por error hace la Sala, incidiendo con ello en vulneración de los artículos 1.1 LDC , 137 Ley 30/92 y 385 LEC , así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada.

Frente a la presunción de no existir responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario (art. 137 de la Ley 30/1992) la carga de la prueba de «demostrar lo contrario» recae sobre la Administración.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , invoca también la infracción del art. 1.1 de la Ley 15/2007 y el art. 348 de la LEC , así como la jurisprudencia del TJUE por entender que para alcanzar la conclusión de la existencia de una práctica concertada restrictiva por objeto, la sentencia incurre en claras contradicciones, omisiones infracciones de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba documental y pericial, alcanzado conclusiones absolutamente ilógicas, irracionales y arbitrarias y causando indefensión.

La recurrente argumenta sobre lo que considera una valoración manifiestamente equivocada que la Sentencia sobre los elementos que configuran una «práctica concertada»:

A) Sobre la supuesta concertación anticompetitiva.

La Sentencia aprecia que el contenido del intercambio de información fue anticompetitivo en cuanto incluía los «precios mayoristas» y versaba pretendidamente sobre «precios futuros». Por ello, la información era supuestamente «relevante», lo que bastaría para calificar el intercambio como una restricción «por objeto».

La recurrente, entiende, sin embargo, que ambas premisas son el resultado de un análisis incompleto, irracional y arbitrario de las pruebas practicadas.

En primer lugar, y por lo que respecta a la afirmación de que nos encontramos ante precios futuros, afirma que, según las Directrices de Horizontales, sólo se persiguen como infracciones por objeto los intercambios de información sobre precios futuros o conductas previstas en el futuro, no las de precios corrientes. La CNMC ha confirmado esta norma en su Resolución de 18 de junio de 2014 en el Expediente S/0469/13, Fabricantes de papel y cartón: «Los intercambios de otros tipos de información, incluidos los precios actuales, no se tratarán como restricciones por objeto y se evaluarán en términos de sus efectos restrictivos a la competencia tanto reales como potenciales o posibles». No hay que confundir que un precio valga para «servicios futuros» con que sea un «precio futuro», que es lo que hace la Sala a quo. El «precio futuro» o previsto es aquel que todavía no ha sido fijado o todavía no se ha aplicado. El «precio corriente» es aquel que ya se está aplicando y se halla vigente para el período por el cual se ha fijado.

En el sector de las motocicletas, los fabricantes publican tarifas con carácter anual. Montesa-Honda y Suzuki habían fijado sus tarifas independientemente la una de la otra; y las tarifas habían sido fijadas y comunicadas a sus concesionarios con anterioridad al intercambio de información, venían siendo aplicadas desde el 1 de enero y estaban en vigor para todo el año 2009. La única conclusión posible, según ilustran las Directrices, es que se trata de «precios corrientes», que de ninguna manera podían dar lugar a una infracción por objeto.

En segundo lugar, al considerar que el contenido del acuerdo era apto para el supuesto alineamiento de conductas para constituir una infracción por objeto, la sentencia realiza una interpretación arbitraria e irracional de las pruebas. Y ello porque ignora que dichas tarifas (con los precios a concesionarios) ya estaban en poder las respectivas empresas cuando se llevó a cabo el intercambio de información. Así mismo, considera que el razonamiento de la sala choca con otro hecho pacífico, admitido e incontestable: las partes no se intercambiaron más que las tarifas, sin los descuentos, rápeles y promociones, los cuales son factores críticos en la determinación del precio final aplicado por el fabricante. En concreto, se demostró que en el caso de Montesa Honda: (i) un 50% de las motocicletas vendidas a los concesionarios lo fue a un precio distinto al precio de la tarifa intercambiada¹⁷; y (ii) los diferentes tipos de descuentos promocionales suponen entre un 6-7% del precio de venta lo que, considerando el reducido margen que suele tener un concesionario. Según concluyó el perito, todo ello es: «lo suficientemente relevante como para que la falta de intercambio del sistema de promoción seguido por MONTESA HONDA convierta el resto de datos intercambiados, esto es, la tarifa de precios, en claramente insuficientes para cualquier posible conducta colusoria.».

B) A juicio de la empresa recurrente, la sentencia incurre en una contradicción interna al afirmar que la concertación no versó sobre precios, y acto seguido sostiene que versó sobre la repercusión del impuesto, lógicamente, en los precios. Nos hallamos ante una absoluta contradicción in terminis.



La Sentencia, a su juicio, tampoco valora de manera lógica la prueba aportada por Montesa Honda sobre la intención del intercambio. Y es que del contenido de los correos electrónicos intercambiados era recabar información ex post sobre el resultado de la aplicación de los nuevos tipos impositivos tras los trámites con la Administración que había liderado ANESDOR por lo que ésta tenía un interés legítimo y genuino en saber cuál había sido el impacto de que las marcas calcularan el importe del impuesto de la nueva manera.

La Sentencia impugnada prescinde de todo análisis de las características del mercado invocadas y probadas por esta representación. Desconoce, así que las características del mercado no hubieran permitido la colusión, por lo que el análisis, en este caso, por omisión, se torna también completamente arbitrario

C) Sobre los supuestos de comportamiento coordinado y nexo de causalidad.

Según la entidad recurrente la Sentencia llega al «paroxismo de la absurdidad» al concluir que el hecho de que las partes continuaran con la política de tarifas que habían fijado para todo el año 2009, independientemente y antes del intercambio, es consecuencia del intercambio y por consiguiente «demuestra» que hubo un «comportamiento concertado». Considera que siguiendo las normas de la más elemental lógica, si las partes mantuvieron vigentes las mismas tarifas que habían aprobado y aplicado antes del intercambio, sin adaptar su comportamiento tras la recepción de las tarifas de la otra parte (que, por otro lado eran objetivamente inaptas para esa coordinación), no debería sino haberse concluido que no coordinaron su comportamiento.

Lo cierto es que debería haberse reconocido que el intercambio no produjo ningún efecto en el mercado. Montesa Honda y Suzuki continuaron aplicando las tarifas que habían fijado con carácter previo y no incrementaron los precios una vez ocurrido el intercambio de información. Es decir, hicieron exactamente lo mismo que tenían previsto hacer antes del intercambio. Siguiendo, en este punto, a las Directrices de Horizontales, se mantuvo la misma situación competitiva que habría existido sin el intercambio de información. En efecto, según el apartado 75 de las Directrices: «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.».

Segundo. *El Abogado del Estado se opone al recurso.*

Considera que la sentencia resuelve correctamente la cuestión planteada y no vulnera los artículos 1.1 de la LDC y la jurisprudencia de la Unión Europea respecto del concepto "practica concertada".

La sentencia de instancia aplica, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia europea según la cual, se presume la concertación si las empresas que intercambiaron la información permanecen activas en el mercado se presume que tienen en cuenta la información intercambiada.

La clave radica en la posibilidad que ofrece el intercambio de información, al ser posible tener en cuenta esa información en el comportamiento de las empresas en el mercado y sustituir, de forma consciente, los riesgos del mercado por la cooperación práctica entre las mismas. Y la sentencia aplica la presunción de que existe relación de causalidad entre el intercambio de información y el comportamiento de la empresa en el mercado.

La sentencia rechaza que la información intercambiada fuera irrelevante, pues estaba ya en vigor desde el 1 de enero de 2009 y era conocida, argumentando que el intercambio de dicha información era relevante, al incorporar el precio mayorista o previo de venta al concesionario de los distintos modelos de motocicletas. Y la sentencia también niega que el intercambio de dicha información tuviese relación con la actividad de la asociación ANESDOR. Por el contrario, la sentencia entiende que el intercambio de información pretendía reducir el nivel de incertidumbre existente sobre la repercusión de los nuevos tipos impositivos a fin de determinar que parte de la nueva carga impositiva iban a soportar los fabricantes, los concesionarios o la repercutirían en los consumidores.

El motivo no cuestiona el razonamiento de la sentencia sino que cuestiona que sea el recurrente el que deba romper la presunción de causalidad surgida del intercambio de información, sin embargo la doctrina del TJUE es muy clara y las explicaciones dadas por las empresas no convencieron al tribunal.

Respecto del segundo motivo: la valoración arbitraria de la prueba. El representante del Estado considera que la parte recurrente no demuestra que el razonamiento sea absurdo o ilógico, la parte discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia. La sentencia, a su juicio, parte de los hechos probados de los que deduce la existencia de un intercambio de información entre las dos empresas competidoras por lo que rige la presunción de que cuando se produce un intercambio de información entre competidores en el mercado existe una relación de causalidad con la restricción del mercado que debe ser desvirtuada por el recurrente. Argumenta que lo que es irracional es que pensar que dos competidores principales en el mismo mercado intercambien listados de



información sobre los modelos de motocicletas y sus precios, detallando el importe de los nuevos tipos impositivos, sin que dicho intercambio tenga ninguna finalidad.

No se imputa a estas empresas una concertación de precios sino la existencia de un acuerdo anticompetitivo que restringe el mercado de las motocicletas que pretende reducir el riesgo y la incertidumbre de la competencia en ese mercado, incertidumbre que se elimina cuando se ofrecen datos de precios de venta mayorista e impacto tributario que permite a cada competidor evaluar las posiciones de cada uno en el mercado, ofreciendo estabilidad pero reduciendo la competencia artificialmente.

La valoración realizada por el tribunal de instancia respeta y parte de los hechos probados, acotada la conducta imputada y aplica la jurisprudencia europea para precisar sus elementos valorando pormenorizadamente cada una de las alegaciones de la recurrente, no existe arbitrariedad.

Tercero.

Se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 17 de julio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El representante legal de la entidad Montesa Honda interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 55/2012).

La sentencia conoció del recurso interpuesto dicha entidad contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de enero de 2012 por la que se impuso a las empresas Montesa Honda y Suzuki dos sanciones (a Montesa una sanción de 2.098.280 € y a Suzuki de 1.888.570 €) por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , consistente en una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible entre competidores en el mes de enero de 2009.

La sentencia estimó parcialmente el recurso y anuló la resolución administrativa impugnada en el particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, devolviendo las actuaciones para que la CNMC dicte otra resolución fijando el importe, conforme a los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/2013).

Segundo. *Sobre la existencia de una práctica concertada antijurídica.*

El primer motivo de casación cuestiona la sentencia de instancia por entender que presume la existencia de una práctica concertada, vulnerando, a su juicio, la presunción de inocencia y las reglas que rigen la carga de la prueba.

La recurrente entiende que la sentencia presume la antijuricidad del intercambio de información. A juicio de la recurrente, el elemento de la «antijuricidad de la concertación» debe acreditarse debidamente y en particular tomando en consideración el contenido, finalidad y contexto del acuerdo, sin que la antijuricidad pueda presumirse, como, por error hace la Sala, incidiendo con ello en vulneración de los artículos 1.1 LDC , 137 Ley 30/92 y 385 LEC , así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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.

La sentencia de instancia considera acreditado, y estos hechos no han sido desmentidos, que en la visita de inspección que la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) realizó en las sedes de Honda y Suzuki se encontraron los correos electrónicos que se habían intercambiado dichas empresas, con fecha 21 de enero de 2009, en los que se contenía sus respectivas listas de precios mayoristas y minoristas (sin rápeles, descuentos o promociones) aprobadas por cada una de ellas para el año 2009 y ya vigentes desde el 1 de enero de 2009. En las listas que adjuntaban se recogían los modelos de motocicletas y los precios para cada modelo (se contenía el precio de venta al distribuidor sin IVA y el PVP recomendado sin impuestos, el margen del distribuidor y el PVP final recomendado (que incluye IVA e impuesto de matriculación).

La sentencia de instancia, invocando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que entre los criterios que permiten analizar si una práctica concertada es contraria a la competencia se encuentra el contenido de sus disposiciones y la finalidad objetiva que pretende alcanzar, bastando con que la práctica se apta para producir efectos negativos en la competencia. Y añade que «el Tribunal de justicia precisa que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia aunque ésta no tenga un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales y, en particular, tiene un objeto contrario a la competencia todo intercambio de información entre competidores que pueda eliminar la incertidumbre relativa al comportamiento que pretenden adoptar las empresas interesadas».

No apreciamos que la sentencia de instancia alterase las reglas de la carga de la prueba o vulnerase la prueba de presunciones al tener por acreditada la existencia de una práctica concertada entre las empresas con finalidad colusoria. Al igual que la sentencia impugnada entendemos que existió un contacto directo entre las empresas en el que se produjo un intercambio de información a través de email, que la información intercambiada era relevante y que la finalidad del intercambio era reducir la incertidumbre generada en el mercado sobre la forma de repercusión de los nuevos tipos impositivos sobre los precios (si lo repercutirían sobre el margen del concesionario o sobre el consumidor final) en un contexto de inseguridad por el nuevo escenario surgido con la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, que había modificado el tipo efectivo del impuesto de matriculación de las motocicletas (con efectos 26 de diciembre de 2008), que pasó a calcularse por primera vez en función del nivel de CO2 de cada motocicleta concreta. De modo que el conocimiento de los precios que pensaba aplicar a lo largo del año, con información individualizada de cada modelo y poniendo en conocimiento del competidor los precios mayoristas, y por lo tanto, los márgenes comerciales existentes y la forma que cada empresa tenía pensado repercutir el nuevo tipo impositivo no solo constituía una información relevante que se proyectaba hacia el futuro sino que tenía un objeto contrario a la competencia en la medida en que eliminaba la incertidumbre relativa al comportamiento futuro que pretendían adoptar las empresas competidoras en relación con el nuevo escenario impositivo y su política comercial y de precios a lo largo de ese año.

Tercero.

La entidad recurrente cuestiona que existiese una práctica restrictiva por objeto, al entender que la sentencia de instancia incurrió en contradicciones, infringió las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba y alcanzó conclusiones ilógicas, irracionales y arbitrarias. Y ello por cuanto la sentencia consideró que la información era relevante, versaba sobre precios futuros, ignorando que dichas tarifas ya estaban en poder las respectivas empresas cuando se llevó a cabo el intercambio de información; y finalmente por no tomar en consideración que las tarifas no incluían los descuentos, rápeles y promociones.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, recogida en su sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), ya distinguió entre las practicas que tiene un «objeto» contrario a la competencia y las que tiene un «efecto» contrario a la competencia, al hilo de la interpretación del art. 81.1 CE, el actual art. 101 del TFUE, entendiendo



que son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 101 TFUE .

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. Es cierto que no toda actuación en paralelo de los competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia, pero 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. De modo 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 hecho las propias directrices horizontales invocadas por la parte recurrente considera como información estratégica que produce efectos restrictivos en la competencia y reduce la independencia de las partes para tomar decisiones la información referida a precios (precio reales entre otros [...]) añadiendo que «generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda». Es más, en esas mismas directrices se considera que tienen mayor incidencia restrictiva sobre la competencia los intercambios de datos individualizados, la información actual o futura y los datos no públicos.

En este caso, las circunstancias del mercado en que se produjo el intercambio y el contenido de la información intercambiada hace que la misma sea relevante para tener una influencia negativa en la competencia. En primer término, debe tomarse en consideración que en el momento en que se intercambió la información existía incertidumbre entre las empresas del sector sobre la forma de repercutir los nuevos tipos impositivos sobre los diferentes modelos de motocicletas, que la información intercambiada sirvió para disipar, contribuyendo a clarificar la repercusión sobre el precio final y la forma en se repercutiría, permitiendo conocer quién lo soportaría y proporcionando una información valiosa que reducía las incertidumbres existentes sobre el respectivo comportamiento en el mercado. Por otra parte, se trata de una información individualizada sobre cada uno de los modelos. Además, los precios intercambiados incluían datos no públicos, como es el precio mayorista y, por tanto, los márgenes comerciales de que disponen los concesionarios, sin que resulte decisivo el hecho de que no se incluyesen los descuentos y promociones, pues estos operan sobre ese margen disponible. Además, aun cuando los precios de venta eran públicos y se venían aplicando desde hace unos días, y en esa medida podrían ser considerados precios presentes, se trata de una información con proyección futura pues desvelaba los precios que se aplicarían a lo largo del año, lo que implica poner en conocimiento del competidor la información de precios que se ha decidido adoptar, revelando 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.

Por todo ello, se considera que el intercambio de la información realizado constituye una práctica concertada que redujo la incertidumbre estratégica en el mercado 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. No se aprecia, por tanto, valoración ilógica o arbitraria de la prueba ni que la conclusión alcanzada por el tribunal de instancia pueda considerarse irracional o arbitraria.

Cuarto. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 55/2012) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso
D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Cordoba Castroverde , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.