

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065718

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1145/2021, de 17 de septiembre de 2021

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

Rec. n.º 5409/2020

SUMARIO:**Defensa de la competencia. intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro. Concepto de cártel.**

La **cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia**, consiste en determinar en matizar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia a fin de aclarar si los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias.

Es cierto que los **intercambios de información entre competidores** pueden responder a razones legítimas y por tal razón deben ser analizados en cada caso. La evaluación o análisis comparativo o benchmarking no está prohibida, y ello en cuanto responde al propósito de transferir el conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación con el objetivo de obtener mejoras, si bien sucede que la alegada práctica no ha resultado justificada a través de los elementos probatorios obrantes en autos, y sí la finalidad de restricción de la competencia, según se declara expresamente en la Sentencia impugnada. Y ciertamente, la única explicación razonable es que la decisión de compartir información obedece a la intención de no competir o hacerlo de forma atenuada, como indica la CNMC. Los abundantes datos objetivos y las razones que se exponen en la Sentencia impugnada, tras la valoración del acervo probatorio -entre el que se encuentra el dictamen pericial aportado por las recurrentes- no permiten alterar tal conclusión de que el objetivo del intercambio era la reducción de la incertidumbre en beneficio de las marcas partícipes, sin que resulte revisable en casación la valoración razonada de la prueba realizada por la Sala de instancia.

La interpretación de la sentencia impugnada sobre el **concepto de cártel** contenido en la disposición adicional 4.2 LDC no infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, pues las conductas que se identifican y sancionan como cárteles en la redacción hoy vigente de la LDC no difieren de las que eran objeto de sanción en la redacción original de la LDC de 2007 y ni en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, con encaje en el mismo tipo infractor de igual contenido literal, delimitado en el artículo 1 de dichas normas. Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en sus artículos 1 la misma conducta, aquella que por su objeto o por sus efectos restrinja la competencia y el cártel no es sino un tipo o modalidad de acuerdo anticompetitivo entre competidores comprendido en el ámbito de la prohibición. Los acuerdos de intercambio de información entre competidores, en extremos relativos a precios y otros aspectos comerciales, con el alcance y contenido que hemos descrito en apartados anteriores de esta sentencia, constituyen por sí mismos una conducta colusoria tipificada en el artículo 1 LDC, con independencia de su calificación o no como cártel. La definición de cártel introducida en la LDC por el RD-Ley 9/2017 se limita a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido, al destacar el carácter no cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel con la introducción de la expresión «[...] mediante prácticas tales como, entre otras [...]», lo que despeja cualquier duda de que debe calificarse como cártel una conducta de intercambio entre competidores de información comercial confidencial referente a los precios, como la examinada en este recurso.

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

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.1.

Directiva 2014/104/UE (acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea), art. 2.14.

Constitución Española, arts. 25.1 y 81.

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), arts. 1.1 y 62 y disp. adic. 4.^a.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.145/2021

Fecha de sentencia: 17/09/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5409/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba 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:

R. CASACION núm.: 5409/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1145/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 17 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 54092020, interpuesto por la mercantil, Honda Motor Europe Limited Sucursal España, S.A., representada por el procurador de los tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, y bajo la dirección letrada de doña Valeria Enrich Schröder, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2019, en el procedimiento ordinario 666/2015.

Han sido parte recurrida, la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado y la mercantil SEAT, S.A., representada por el procurador de los tribunales don Antonio Barreiro-Meiro Barbero y bajo la dirección Letrada de doña Irene Moreno-Tapia

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, actuando y nombre y representación de "Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España" (en adelante HONDA) interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 (rec. 666/205), aclarada por Auto de 17 de febrero de 2020, por la que se desestimó el recurso interpuesto por esta misma entidad contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 609.325 €, con imposición de costas a la parte recurrente.

Segundo.

Mediante Auto de 5 de marzo de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar en matizar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia a fin de aclarar si los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro pueden ser calificados como cártel y en qué circunstancias.

Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como la jurisprudencia que los interpreta.

Tercero.

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º La sentencia impugnada al considerar que los intercambios de información objeto del expediente es una infracción por objeto, vulnera los artículos 1.1 de la LDC y el artículo 101.1 del TFUE y la jurisprudencia que los interpreta, en cuanto no cabe calificar intercambios de información que se refieran a precios o cantidades futuras o que no tengan por finalidad la fijación de estos como una infracción por objeto.

La principal cuestión que se plantea en este recurso de casación es si los intercambios de información analizados por la Sentencia, podían ser calificados como una infracción "por objeto" de los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y, además, como un "cártel", aun cuando dichos intercambios de información no se refirieron a precios ni cantidades futuras, ni tuvieron por objeto fijar los mismos.

La interpretación que han hecho los tribunales europeos del art. 101.1 TFUE está recopilada en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal ("DH").

Las DH establecen que los intercambios entre competidores pueden ser procompetitivos o restrictivos de la competencia. Estos últimos, a su vez, cabe sub-catalogarlos en: a) intercambios que reducen la competencia por los efectos que generan ("por efectos"), b) intercambios que tienen por objeto restringir la competencia ("por objeto"), y c) intercambios que, además de constituir una infracción por objeto, tienen la consideración de "cártel".

Y por lo que respecto a los intercambios restrictivos "por objeto" y dentro de estos, los constitutivos de cártel, las DH recogen la máxima los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto. Ello exige analizar el contenido de la conducta, los objetivos que la conducta pretende alcanzar y el contexto económico y jurídico en el que se inscribe la conducta. Y considera que la sentencia no cumple con ningún de los requisitos del "test jurídico".

Considera que los datos intercambiados no versaron sobre precios o cantidades a futuro ni tenían como finalidad la fijación de precios o cantidades, ni los datos intercambiados eran aparatos por su propia naturaleza para restringir la competencia por objeto.

Los intercambios tenían una finalidad lícita (ejercicio de benchmarking). Honda pudo diseñar, de manera autónoma, estrategias que permitieron a su red de concesionarios mejorar su rentabilidad y garantizar su supervivencia en un momento de crisis económica.

Sin embargo, la sentencia, tras obviar los beneficios demostrados por el informe pericial, termina concluyendo que la prueba aportada por Honda no acredita que la conducta enjuiciada fuera procompetitiva en la medida en que se ha acreditado que redundara en beneficio de los consumidores.

Las restricciones por objeto han de interpretarse de manera restrictiva y debe apreciarse si la conducta objeto de análisis tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente. Así un intercambio de información será constitutivo de una infracción por objeto cuando los datos intercambiados se refieran a precios o cantidades futuras, pudiendo ser constitutivos de cártel. En los demás supuestos un intercambio de información podrá calificarse como una infracción por objeto cuando se demuestre un elevado potencial de nocividad tras examinar su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe.

A su juicio la sentencia aborda la calificación jurídica de los intercambios realizados tomando como ratio decidendi la existencia de una infracción por objeto basándose en un test alternativo relacionado con el modus operandi de los fabricantes de automóviles y la reducción de la incertidumbre, que es diferente al grado de nocividad suficiente.

La sentencia, aunque aprecia el contexto económico en el que se realizaron los intercambios no hace una reflexión detallada y juiciosa acerca de la relevancia que dicho contexto podía tener frente a los intercambios de información. Era necesario analizar si los efectos favorables a la competencia que se produjeron en el mercado eran suficientes para dudar razonablemente del carácter suficientemente nocivo para la competencia de los intercambios de información.

Por ello considera que la sentencia recurrida debe ser casada y anulada.

2º Al conceptualizar los intercambios de información como "cártel" la sentencia infringe los artículos 1.1 de la LDC, la Disposición Adicional 4 de la LDC y el art. 25.1 de CE no es posible la interpretación extensiva de la noción de cártel.

La conducta no podría ser calificada como cártel porque no se probó su carácter anticompetitivo "por objeto".

Y en el caso hipotético de que se llegase a considerar que la conducta tuvo un carácter anticompetitivo, tampoco procedería su calificación como un cártel. Y ello porque no llegó a apreciar la existencia de un acuerdo sino una "práctica concertada"; no declaró que los intercambios tuvieron por objeto fijar precios o cantidades sino reducir la incertidumbre.

3º Al catalogar los intercambios como una infracción única y continuada se infringe los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE y la jurisprudencia que los interpreta en la medida en que la sentencia no aplica correctamente el estándar jurídico para la apreciación de la existencia de un "plan conjunto que tenga un objeto anticompetitivo".

De acuerdo con la jurisprudencia europea (Sentencia TJUE de 19 de diciembre de 2013 C-239/11 Siemens c. Comisión Europea, p. 117-121) solo es dable cuando concurren, cumulativamente, los siguientes elementos: (i) un plan global (esto es, un plan destinado a asegurar la interacción de los diversos acuerdos o conductas); (ii) un único y mismo objeto anticompetitivo; (iii) la contribución intencional de cada empresa en ese plan global; y (iv) conocimiento de los comportamientos infractores de los demás participantes. Estos mismos requisitos se encuentran establecidos, esencialmente, en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o en su predecesor, el artículo 4.6 del Reglamento del procedimiento del ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (aplicable aquí *ratione temporis*). A los efectos del presente recurso, son de especial relevancia, los dos primeros requisitos (la existencia de un plan global y la existencia de un único y mismo objetivo).

La Sentencia luego indica que, independientemente del ámbito en el que se llevaron a cabo las comunicaciones, ya fuera en el "Club de Marcas", en el "Foro de Postventa" o en las "Jornadas de Constructores", la conducta "encaja en el concepto de infracción única y continuada por cuanto se trataba de un plan común de las empresas participantes dirigido a una única finalidad económica para la fijación de variables determinantes de la actuación en el mercado".

La Sentencia justifica el "plan global" desde un plano formal (F.D. 8º), por la "intervención de consultoras" o la "celebración de reuniones", "envío de correos electrónicos" y obviando o - al menos no interrogándose- sobre el porqué de la existencia de tres foros, de diversas consultoras, de diferentes participantes y de distintos momentos temporales. 2. En el plano más sustantivo, señala que las tres conductas (los tres foros) "persiguen una misma finalidad económica como es salvaguardar de la crisis económica a las redes oficiales de concesionarios oficiales" (F.D. 10º) y entonces "están interrelacionadas".

No pone énfasis analítico en la complementariedad sino en la existencia o no de un "objetivo común anticompetitivo". Para poder aplicar la doctrina de la infracción única y continuada resulta esencial por las autoridades de la competencia se identifique y justifique un objetivo único y antijurídico y preciso

Cuarto.

El Abogado del Estado se opone al recurso.

Dado que la cuestión planteada en el presente recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia ha motivado la admisión de otros varios previos (entre otros, recursos de casación 2218/2020, 2181/2020, 2681/2020, 2227/2020, 2745/2020, etc., algunos de los cuales han sido resueltos mediante sentencias desestimatorias a las que nos remitimos) la posición que en el presente sostiene esta representación procesal no puede sino ser plenamente coincidente con la expresada en tales recursos.

La jurisprudencia admite que un intercambio de información que no se refiere exclusivamente a precios o cantidades futuras, pero que se refiere a datos comercialmente estratégicos, de futuro, que elimina incertidumbres y provoca el alineamiento de los competidores y que se materializa en un mercado relevante mediante procedimientos de intercambio instrumentados de forma colusoria, máxime si, además incide indirectamente en precios, como sucede en proceso de instancia y recoge la sentencia recurrida, puede constituir y, en el caso resuelto, constituye una restricción por objeto materializada mediante el cártel de empresas en el que participó la parte recurrente.

Estamos ante una infracción por el objeto para cuya determinación debe analizarse el mercado (como hace la sentencia recurrida e hizo la resolución sancionadora), lo que permite encuadrar la práctica en su contexto y conocer los objetivos que la guían, sin que sea exigible un exhaustivo análisis de todos los elementos del mercado, pues éste no constituye un elemento del tipo en la práctica colusoria.

Resulta relevante analizar el momento en que se comparte la información. También debe considerarse la frecuencia y regularidad del intercambio de la información la homogeneidad de los intervinientes y su estabilidad, la ocultación a terceros, la reciprocidad, la no discriminación en el intercambio, la planificación o la institucionalización, que son analizados y valorados de forma muy precisa por la sentencia de instancia. En definitiva, como ha señalado la jurisprudencia no hay una lista de restricciones por objeto y otra de restricciones por efectos, al igual que no existe una definición de cártel que enumere todas las posibles formas de llegar a un resultado colusorio. La conducta hay que analizarla evaluando caso a caso cada intercambio de información como hace la sentencia (FJ Octavo, página 12) que damos por reproducido por razón de extensión máxima de este escrito.

En el asunto objeto de autos se ha acreditado un acuerdo entre las empresas, donde acudían a reuniones y llegaron a firmar contratos con una consultora, el intercambio de información comercialmente sensible como conducta autónoma, con el objeto de alinearse competitivamente, es habitualmente un ejemplo clásico de acuerdo secreto colusorio o práctica concertada. El concepto de cártel es un concepto dinámico. La reforma de 2017 lo que hace es aclarar el concepto de cártel ejemplificándolo, pero no de forma exhaustiva. Es una aclaración interpretativa de las prácticas colusorias que pueden constituir un cártel, incluido el intercambio de información, que la jurisprudencia había venido incluyendo en dicho concepto. De ahí que la sentencia recurrida concluya, con cita de la disposición adicional cuarta. 2 LDC, que estamos ante un cártel y que el recurso de casación no cuestione dicha aplicación conceptual al caso ciñéndose a la defensa de que, en el caso, se estaría ante una restricción por efectos.

Ninguna duda cabe de que dicha conducta colusoria es un cártel. No existe un concepto legal de cártel que delimite las prácticas colusorias subsumibles en el mismo mediante una enumeración de *numerus clausus*. Ni siquiera con la redacción LDC de 2007. La jurisprudencia siempre ha considerado que el cártel es un concepto sustancial y no meramente formal. El legislador sigue esa misma línea e incorpora esa doctrina en el concepto legal de 2017 cuya fuerza interpretativa es manifiesta como demuestra la ejemplificación en *numerus apertus*, algunas de dichas posibilidades de colusión

De acuerdo con tal jurisprudencia los cártel es 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.

El Tribunal de Justicia ha señalado que son restricciones de la competencia por objeto las que por su propia naturaleza se pueden considerar perjudiciales para el juego normal de la competencia, lo que se determina mediante el examen caso a caso del con tenido, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, y a la luz de los objetivos de las normas de competencia.

Concretamente, el TJUE ha afirmado que "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".

No se trata en el presente caso, desde el punto de vista formal de "un intercambio de información" sino de un completo y extenso cuantitativa y cualitativamente, "sistema de información intercambiada" extraordinariamente duradero en el tiempo y en el que los partícipes eran conscientes de su ilicitud, por lo que operaban progresivamente en secreto reforzado y con requisitos de necesaria e ineludible reciprocidad, lo que revela que los cartelistas eran plenamente conscientes de la antijuridicidad de sus conductas continuadas.

La sentencia, atendido el contexto económico y jurídico en el análisis del concreto mercado afectado y sus concretas circunstancias, aprecia un grado suficiente de nocividad con respecto a la competencia, y caracteriza el intercambio de información como infracción por el objeto constitutiva de cártel (conforme a la doctrina del "grado de nocividad suficiente" de las STJUE de 26 de noviembre de 2015 (apartados 16 a 20) en el asunto C-345/14, SIA "Maxima Latvija" (ECLI:EU:C:2015:784), STJUE de 11 de septiembre de 2014 (apartados 48 a 53), en el asunto C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB), (ECLI: EU:C:2014:2204) o en STJUE de 2 de abril de 2020, en el asunto C-228/18, Budapest Bank Nyrt. (ECLI: EU:C:2020:265).

Sobre el grado de nocividad en este caso según la sentencia, el intercambio de información sancionado también comprendía las políticas retributivas actuales y futuras de las redes de concesionarios, descuentos y márgenes comerciales, que tienen un efecto directo sobre los costes de distribución, los márgenes comerciales de cada distribuidor. Todo ello, como reconoce la sentencia recurrida incide finalmente sobre los precios finales de venta de los vehículos. Por supuesto, también influyen en las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto a la postventa y al marketing de postventa. Es un hecho probado que las propias empresas se anunciaban en las reuniones celebradas las acciones a adoptar en el corto y medio plazo, por lo que no hay duda de la utilidad de la información de cara al futuro. Las empresas adoptaron medidas que garantizaran el carácter secreto de los intercambios de información. También se ha acreditado por los elementos de prueba que constan en el expediente que las marcas adoptaron medidas para garantizar la confidencialidad de la información intercambiada, así como para ocultar la propia existencia del cártel y la identidad de las marcas participantes.

Concurriendo también el elemento poder de mercado tal como ha quedado acreditado.

Quinto.

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de septiembre de 2021, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación impugna la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 (rec. 666/205), aclarada por Auto de 17 de febrero de 2020, por la que se desestimó el recurso interpuesto por esta misma entidad contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 609.325 €, con imposición de costas a la parte recurrente.

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en el argumento de que la sentencia impugnada al considerar que los intercambios de información objeto del expediente es una infracción por objeto, vulnera los artículos 1.1 de la LDC y el artículo 101.1 del TFUE y la jurisprudencia que los interpreta, en cuanto no cabe calificar intercambios de información que se refieran a precios o cantidades futuras o que no tengan por finalidad la fijación de los mismos como una infracción por objeto.

En segundo lugar, que, al conceptuar los intercambios de información como "cártel", la sentencia infringe los artículos 1.1 de la LDC, la Disposición Adicional 4 de la LDC y el art. 25.1 de CE no es posible la interpretación extensiva de la noción de cártel.

Y, en tercer lugar, por entender que al catalogar los intercambios como una infracción única y continuada infringe los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE y la jurisprudencia que los interpreta en la medida en que la sentencia no

aplica correctamente el estándar jurídico para la apreciación de la existencia de un "plan conjunto que tenga un objeto anticompetitivo".

Segundo. *Sobre la calificación de infracción por objeto en el presente caso.*

Conviene empezar por destacar que la cuestión controvertida ya ha sido abordada en varias sentencias de este Tribunal Supremo STS nº 531/2021, de 20 de abril (rec. 26812/2020) y STS nº 633/2021, de 6 de mayo (rec. 2227/2020) STS nº 807/2021, de 7 de junio de 2021 (rec. 5428/2020) cuyo criterio ahora reiteramos.

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

Aduce la parte que el intercambio de información no se refería a precios y que no se ha realizado por la autoridad reguladora el necesario análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, ni la consideración de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado, ni, en fin, del carácter más o menos nocivo de intercambio de información entre competidores.

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

Pues bien, siguiendo la jurisprudencia del TJUE sobre las restricciones por objeto, en la Sentencia de 2 de Abril de 2020, Budapest Bank que completa la precedente de 11 de septiembre de 2014, Groupement des Cartes Bancaires, hemos de partir de una interpretación restrictiva de este concepto de restricciones "por objeto" y para apreciar si el acuerdo de intercambio de información enjuiciado tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificada como una restricción "por objeto" vamos a examinar si la CNMC ha tomado en consideración dichos aspectos relevantes (i) el contenido de sus disposiciones; (ii) los objetivos que pretende alcanzar y (iii) el contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados y a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión.

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

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

Respuesta de la Sala de Competencia:

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

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

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

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

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

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

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

Cabe traer aquí a colación asimismo lo establecido por el TS su reciente sentencia de 17 de junio de 2015 (Recurso 207212014): "En modo alguno puede admitirse la tesis de la parte actora de que el intercambio de información sólo puede ser contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en caso de que tenga el objetivo de fijación de precios o de reparto de mercado. Antes al contrario, es preciso recordar nuestra reiterada jurisprudencia que un acuerdo colusorio o, todavía con más claridad, una práctica concertada es todo concierto -o práctica conjunta- susceptible de provocar efectos anticompetitivos, cuya efectiva plasmación tampoco es un requisito imprescindible (lo que hace decaer ya el motivo sexto, 2.E). Así las cosas, es claro que si bien no puede afirmarse de modo general y absoluto que todo intercambio de información sea, per se, anticompetitivo, tampoco puede sostenerse la tesis opuesta de las empresas recurrentes. En estricta aplicación tanto del tenor literal como de la finalidad del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, un intercambio de información será colusorio y constituirá una conducta infractora en la medida en que pueda tener efectos anticompetitivos. Y lo que sí se puede afirmar desde una perspectiva general es que, en principio, los intercambios de información entre competidores son presuntamente anticompetitivos, puesto que como es natural y recuerda la Sala de instancia en el fundamento transcrito, dicho intercambio reduce necesariamente en mayor o menor medida la imprevisibilidad del comportamiento de los competidores, lo que es por sí propio, contrario a la competencia, que se edifica en gran medida sobre la indeterminación y falta de conocimiento sobre la conducta futura de las restantes empresas del sector."

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

Finalmente, respecto de la alegación relativa al uso oportunista del concepto de cártel en supuestos de clemencia, conviene llamar la atención sobre el hecho objetivo de que en los supuestos en los que el órgano de instrucción inicia sus actuaciones con motivo de una solicitud enmarcada en el Programa de Clemencia, comúnmente dispone de un nivel de prueba documental superior a otros supuestos, permitiéndole además dirigir las inspecciones de forma más útil y productiva, todo lo cual facilita alcanzar la conclusión de que nos encontramos

ante una infracción calificable de cártel con mayor grado de convicción que en supuestos en los que tal solicitud de exención no existe.

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

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

La posición sobre cuándo puede apreciarse que un determinado tipo de coordinación entre empresas tiene el grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del art. 101 TFUE ha sido sintetizada por una reciente sentencia de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286113 P Dole Food y Dole Fresh Fruit): "(119) Por lo que respecta, más concretamente, al intercambio de información entre competidores, ha de recordarse que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 32 y jurisprudencia citada). (120) Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 33 y jurisprudencia citada). (121) Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el intercambio de información entre competidores puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas (sentencias Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99 P, EU:C:2003:527, apartado 86, y T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 35 y jurisprudencia citada). (122) En concreto, ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes en lo relativo a la fecha, el alcance y/as modalidades de la adaptación del comportamiento en el mercado que van a adoptar las empresas en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, EU:C:2009:343, apartado 41).

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

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

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

contraria y nociva para la competencia en cuanto apta para eliminar la incertidumbre relativa al comportamiento de las empresas competidoras.

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

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

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

Estos intercambios se concretaron en diferentes aspectos: 1) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de postventa, 2) Márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las redes de concesionarios y datos sobre la gestión de dichas redes, 3) estructuras, características y organización redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes, 4) condiciones de políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de postventa, 5) Campañas de marketing al cliente final y 6) Programa de fidelización de sus clientes.

Pues bien, los elementos obrantes en autos ponen de manifiesto que la información compartida consiste en gran parte en elemento que afectan de forma relevante a los precios y a su estructura y sustentan la calificación de restricción por objeto como razona la CNMC. Esta considera la información comunicada por las empresas como estratégica en cuanto consiste en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos e importes de beneficios antes de impuestos respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa), contiene elementos actuales que se transmitían una vez obtenidos y en fin, se proporcionaba con carácter periódico y secreto, siendo, sin duda información comercial sensible para la competencia.

La información transmitida se refería a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta y en las condiciones de políticas y estrategias comerciales y permitía a las empresas participantes conocer la actuación de sus competidores a través de datos desagregados que se comunicaban de forma sistemática, secreta, periódica y restringida para su propio beneficio, reduciendo la incertidumbre en procesos de determinación de precios y en las condiciones comerciales afectando gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.

Gran parte de la información compartida entre las empresas del sector son datos sensibles referidos a elementos de la estructura de precios, a sus componentes, que tienen relevancia en el precio final de venta como son los datos sobre remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios.

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

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

Según los hechos declarados probados -que no han resultado desvirtuados en el proceso-, se comunicaba información desagregada y actual (unidades de venta, ingresos, resultados económicos y demás respecto a la venta de vehículos nuevos, usados, así como de recambios y postventa) que permitía conocer las estrategias comerciales mutuas y condiciones de las redes de distribución relevantes para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre en el proceso de fijación de los precios y las condiciones comerciales. El intercambio hizo posible el conocimiento entre competidoras de dichos elementos estratégicos y predecir sus estrategias comerciales y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia.

Por otro lado, se alega por las recurrentes que los acuerdos de intercambio de información tenían un carácter procompetitivo, alegato que se rechaza en la Sentencia impugnada. Argumenta la parte que el intercambio de información obedece a una lícita práctica de evaluación comparativa (Benchmarking), que perseguía conseguir eficiencias en el mercado.

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

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

Es cierto que los intercambios de información entre competidores pueden responder a razones legítimas y por tal razón deben ser analizados en cada caso. Como hemos declarado en la STS 3643/2018, de 24 de octubre, la evaluación o análisis comparativo o benchmarking no está prohibida y ello en cuanto responde al propósito de transferir el conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación con el objetivo de obtener mejoras, si bien sucede que la alegada práctica no ha resultado justificada a través de los elementos probatorios obrantes en autos, y sí la finalidad de restricción de la competencia, según se declara expresamente en la Sentencia impugnada. Y ciertamente, la única explicación razonable es que la decisión de compartir información obedece a la intención de no competir o hacerlo de forma atenuada, como indica la CNMC. Los abundantes datos objetivos y las razones que se exponen en la Sentencia impugnada, tras la valoración del acervo probatorio - entre el que se encuentra el dictamen pericial aportado por las recurrentes - no permiten alterar tal conclusión de que el objetivo del intercambio era la reducción de la incertidumbre en beneficio de las marcas participantes, sin que resulte revisable en casación la valoración razonada de la prueba realizada por la Sala de instancia.

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

Cabe destacar que en la propia resolución sancionadora de la CNMC se incorpora un análisis de dichos aspectos. Y, en este sentido, se observa que en el apartado II se incluye un estudio de la caracterización del mercado, que contiene un primer apartado sobre el marco normativo, un segundo apartado sobre el funcionamiento del mercado que parte de la descripción detallada de la DC (párrafos 135 a 168 PCH) del funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico- así como la estructura del mercado, con exposición de la oferta y la demanda. Se exponen sendos subapartados dedicados cada uno de ellos A) al mercado de producto afectado, que la DC define como el de distribución de vehículos a motor de las marcas citadas y sus redes de concesionarios incluyendo las ventas como las prestaciones de servicios y actividades postventa de vehículos en España, B) al mercado geográfico que es de ámbito nacional, afectando a la totalidad del territorio nacional y que la DC considera que podría ser susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que compartimenta el mercado nacional, y C) la estructura del mercado en el que se examina la oferta y las cuotas de mercado de las diferentes marcas señalando que la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes estaría en un 91% de la distribución de vehículos de automóviles en España, incluyendo la totalidad de las marcas generalistas y alguna de las denominadas Premium. También se examina el sistema de distribución de vehículos a través de concesionarios distinguiendo entre los concesionarios independientes (359) y los pertenecientes a marcas que pasaron de 90 a 102 y la rentabilidad de las redes de concesionarios. Se extiende el análisis a la prestación de

las actividades y servicios de postventa, que abarca revisiones y reparaciones de vehículos, con referencia a las características de los talleres autorizados, de los talleres independientes y las cadenas de reparación fast-fit determinación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Respecto a la demanda en el mercado, refiere que estaría compuesta por multitud de sectores económicos, destacando el de los particulares, flotas de empresas y las dedicadas al alquiler de coches, para analizar en el ejercicio 2014 los ingresos y ventas de las redes de concesionarios, cifras de crecimiento y la segmentación de la demanda.

Todo ello nos lleva a concluir que se valoran los efectos anticompetitivos del acuerdo tras una evaluación objetiva y rigurosa de las condiciones y circunstancias en que se producen las prácticas colusorias. Consta un análisis previo del marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados y también la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados pertinentes (apartado 49 STJCE de 25 de noviembre de 2006). En fin, en la propia resolución sancionadora se incorpora un análisis suficiente realizado por la CNMC que expone dichas consideraciones a partir de los datos que obran en el expediente que permite deducir junto a los demás factores considerados el carácter nocivo del intercambio de información entre competidores.

En conclusión, el intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real. Por tanto, puede afirmarse que el acuerdo de intercambio de información entre competidores analizado restauró un sistema de conocimiento mutuo y recíproco de las actividades y condiciones comerciales con la finalidad de reducir o eliminar la competencia que tiene por sí un grado suficiente de nocividad para ser considerado restrictivo por su objeto, pues sólo podía pretender la modificación de las condiciones de competencia en el mercado.

Tercero. *Sobre la calificación de la conducta sancionada como cártel.*

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

Alega también la parte recurrente que el legislador español optó por introducir con rango legal una definición cerrada y muy precisa del concepto de cártel, circunscribiéndolo a supuestos muy concretos en la disposición adicional 4.2 LDC en su versión original, que era la vigente en el momento de producirse los intercambios sancionados, sin que los mismos, que eran ajenos a precios o cantidades a futuro, puedan subsumirse bajo ninguna circunstancia en la definición legal de cártel, por lo que la CNMC ha realizado una interpretación expansiva del concepto de cártel respecto del contenido de la disposición adicional 4.2 LDC en su redacción original.

La parte recurrente muestra su disconformidad con la sentencia de instancia, que sostiene que la enumeración contenida en la disposición adicional 4.2 de la LDC no es de carácter cerrado, con el argumento de que esa interpretación resultó avalada por la posterior redacción dada a la citada disposición adicional por el Real Decreto-ley 9/2017, y considera la parte que la tesis de la sentencia recurrida y la resolución sancionadora quiebran el principio de irretroactividad de la normas sancionadoras, pues configuraron una noción de cártel no conforme a derecho en cuanto desborda la definición legal en vigor cuando tuvo lugar la conducta enjuiciada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

"3. Son infracciones graves:

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

4. Son infracciones muy graves:

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

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

5. Sin perjuicio de lo que se acaba de expresar, la Sala tampoco comparte la argumentación de la parte recurrente sobre el carácter cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel en la definición de la disposición adicional 4.2 de la redacción original de la Ley 15/2007, pues, en primer lugar, como señala la sentencia impugnada, en la definición legal de cártel tienen cabida los acuerdos cuyo objeto "incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata" en las conductas descritas por el precepto de fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, de reparto del mercado o de restricción de las importaciones o las exportaciones, y tal interpretación no permite excluir del concepto de cártel aquellos acuerdos, como los de intercambios de información examinados en este recurso, que ofrecen a los participantes en los acuerdos sancionados un conocimiento actualizado y detallado de la composición de los precios de los competidores, con proyección futura y con aptitud para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, y además de lo anterior, el empleo de la conjunción "o" en la definición legal avala la tesis sostenida de la sentencia de instancia de que la disposición adicional 4.2 LDC no emplea un sistema de lista cerrada en la definición de cártel.

En este sentido, estimamos que la definición de cártel introducida en la LDC por el RD- Ley 9/2017, se limita a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido, al destacar el carácter no cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel con la introducción de la expresión "[...] mediante prácticas tales como, entre otras [...]", lo que despeja cualquier duda de que debe calificarse como cártel una conducta de intercambio entre competidores de información comercial confidencial referente a los precios, como la examinada en este recurso.

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

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

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

otros aspectos sustanciales -volumen de ventas, descuentos al canal mayorista, comisiones de los representantes de ventas-, que facilitaron el desarrollo de una estrategia de negocio compartida."

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

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

Cuarto. Sobre la existencia de una infracción continuada.

Y finalmente cabe descartar, como ya señalamos en la STS nº 807/2021, de 7 de junio de 2021 (rec. 5428/2020), que la sentencia impugnada haya utilizado indebidamente la figura de la infracción única y continuada, puesto que consideramos que el Tribunal de instancia acierta al apreciar que concurren los requisitos para calificar la conducta imputada de infracción única y continuada, pues los intercambios de información que se realizaron en los distintos foros (Club de Marcas, Foro de Directores de Postventa y Jornadas de Constructores), que tuvieron lugar bajo la cobertura de un plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único.

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

Quinto. Costas.

En consecuencia, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

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

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

FALLO

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

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por "Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España" contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 (rec. 666/205), aclarada por Auto de 17 de febrero de 2020.

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

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

Así se acuerda y firma.

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.