



Roj: **SAN 3210/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3210**

Id Cendoj: **28079230062016100305**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **55/2012**

Nº de Resolución: **329/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3210/2016,**
STS 3011/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000055 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02477/2012

Demandante: MONTESA HONDA S.A.

Procurador: D. ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso administrativo nº **55/2012**, 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, consistente en una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible entre competidores en el mes de enero



de 2009., y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

La cuantía se fijó en 2.098.280 euros €, e intervino como ponente el Magistrado D. RAMÓN CASTILLO BADAL. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2012.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 8 de noviembre de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

"se declare la nulidad, por contraria al ordenamiento jurídico, de la resolución de fecha 19 de enero de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia S/0280/10, Suzuki/Honda) o subsidiariamente, declare desproporcionada la sanción impuesta a mi mandante y la reduzca a tenor de los hechos declarados probados, todo ello con imposición de costas a la parte demandada y con todos los demás pronunciamientos que en derecho procedan".

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO- . Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, fue practicada la que, propuesta se declaró pertinente y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 25 de mayo de 2016.

QUINTO-. En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de enero de 2012, por la que se impone a Montesa Honda S.A. 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, consistente en una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible entre competidores en el mes de enero de 2009.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

" Declarar acreditada la existencia 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.

Declarar responsables de esta infracción a MONTESA HONDA SA y SUZUKI

MOTOR ESPAÑA SA.

SEGUNDO.- Imponer a MONTESA HONDA SA una sanción de 2.098.280 E y a SUZUKI MOTOR ESPAÑA SA una sanción de 1.881.570 €.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución. "

TERCERO : Los hechos que precedieron a este acuerdo y en los que se funda la resolución impugnada para entender acreditada la sanción impuesta son los siguientes:

Durante la inspección de la CNC en la sede de HONDA se encontró un correo electrónico en el ordenador de [...], Director General Comercial de HONDA.

Se trata de un correo electrónico, de fecha 21 de enero de 2009, que se envió a las 12:45 horas, por [...] ([...].@suzuki.es), Controller de Ventas de SUZUKI, a [...] ([...].@honda-eu.com). Su asunto era "lista de precios", y adjuntaba como anexo un archivo denominado "09-01-12 Lista de precios 2009.pdf".



El texto de este correo electrónico (folio 70), señala:

"Como continuación a nuestra conversación telefónica, te adjunto nuestra nueva lista de precios. Para tu información, la subida va desde el 3% al 6%, puedes fijarte en la V-Strom que hemos subido el 6% y en la Bandit que subió el 3% debido a que tiene el 14,75 % de impuesto por su nivel de emisiones.

Si necesitas otra información, no dudes en ponerte en contacto conmigo.

Un saludo"

El archivo anexo recoge una tabla titulada "Lista de precios de motocicletas", actualizada a 12/01/2009, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, elaborada por la División de Ventas de SUZUKI (folio 71. Se cita por el foliado automático).

Esta tabla recoge 38 modelos de motocicletas de SUZUKI, cuya cilindrada va desde los 125 cc a los 1.800 cc. En la tabla se recogen distintas columnas de precios para cada uno de los modelos. En particular, se recoge el precio de venta a distribuidor sin IVA (P.F.F. sin IVA), el P.V.P. recomendado sin impuestos, el margen del distribuidor (que equivale al P.V.P. recomendado sin impuestos menos el P.F.F. sin IVA) y el P.V.P. final recomendado (que incluye IVA e impuesto de matriculación).

En esta tabla se aprecia que 12 modelos de SUZUKI se ven afectados por un impuesto de matriculación del 14,75%, 5 modelos por un tipo del 9,75% y 9 modelos por un tipo del 4,75%.

En las observaciones de la tabla se señala que esta tarifa anula a las anteriores, que los precios y la disponibilidad de modelos están sujetos a cualquier cambio sin previo aviso, y que el PVP recomendado incluye IVA, impuesto de matriculación, montaje y transporte, pero que los gastos de gestión, tasas de tráfico e IMCV no están incluidos.

Durante la inspección de la CNC en la sede de SUZUKI, se encontró un correo electrónico en el ordenador de [...], Líder del Grupo de Ventas de SUZUKI.

Este correo electrónico (folio 106), de fecha 21 de enero de 2009, se envió a las 15:27 horas, por [...] ([...@suzuki.es), Director de Ventas de SUZUKI, a [...].

Su asunto era "R V: Tarifas Honda", y adjuntaba como anexo un archivo denominado "Tarifa ENERO 09 con impuestos.pdf".

El texto de este correo electrónico señala:

"Te adjunto la tarifa de precios que me mandó Honda.

Gracias"

Este correo electrónico reenvía a su vez un correo electrónico previo, de 21 de enero de 2009, enviado a las 14:53 horas, por [...] ([...@honda-eu.com), empleado de HONDA, a [...]. Su asunto era "Tarifas Honda", y adjuntaba como anexo el mismo archivo "Tarifa ENERO 09 con impuestos.pdf".

El texto de este correo electrónico reenviado señala:

"Buenas Tardes

Le adjunto nuestra tarifa de precios actualizada a 1 Enero, la subida con respecto al a/a [a la del año anterior] es del 7%

Quedo a su disposición para cualquier duda

Saludos"

El archivo anexo recoge una tabla con el membrete de HONDA, que recoge la tarifa de precios Honda en vigor desde 1 de enero de 2009, que son calificados como precios recomendados sujetos a cambios sin previo aviso (folios 107 y 108).

Esta tabla recoge 123 modelos de motocicletas de HONDA, cuya cilindrada va desde los 125 cc a los 1.800 cc. En la tabla se recogen distintas columnas de precios para cada uno de los modelos. En particular, se recoge el precio de venta al concesionario sin IVA (Precio Conces.), el precio de venta al concesionario con IVA (Ttl a pagar MHSA), el PVP recomendado sin impuestos, el margen del concesionario (que equivale al PVP recomendado sin impuestos menos el precio concesionario sin IVA) y el PVP final recomendado (que incluye IVA e impuesto de matriculación).

En esta tabla se aprecia que 33 modelos de HONDA se ven afectados por un impuesto de matriculación del 14,75%, 25 modelos por un tipo del 9,75% y 11 modelos por un tipo del 4,75%.

En la inspección de la sede de SUZUKI también se encontró una anotación en la agenda de [...], Líder del Grupo de Ventas de SUZUKI, con fecha 22 de febrero de 2008 (folio 172), que hace referencia a una reunión interna de SUZUKI a la que habrían asistido [...], [...], Controllor de Ventas de SUZUKI, [...], Director General de SUZUKI, y otras tres personas no identificadas.

En esta anotación se indica:

"Precios con nuevo impuesto:

Les explicamos los impuestos del IVA, de matriculación y cual es nuestra propuesta de subir un poco los precios.

Vamos a subir algo los precios y veremos cuando empezamos a matricular sin impuestos, [...] irá a una reunión de Anesdor a ver que van a hacer las demás marcas".

En respuesta a requerimientos de información de la Dirección de Investigación, SUZUKI ha aportado información sobre las tarifas que efectivamente aplicó en el año 2009 (folios 270 y siguientes), de la que el órgano de instrucción deduce que SUZUKI mantuvo inalterado su listado de tarifas entre enero y julio de 2009 (con un pequeño número de altas y bajas de modelos a partir de abril de 2009). En julio de 2009 SUZUKI introdujo pequeñas modificaciones de precios en ocho modelos, y en septiembre modificó ligeramente el precio de un modelo más.

Finalmente, en noviembre de 2009 SUZUKI modificó el precio de casi todos los modelos.

Por otra parte, la Dirección de Investigación solicitó información a SUZUKI sobre las promociones que ha aplicado en la venta de motos en el año 2009. Sin embargo, a juicio de la DI la información aportada por SUZUKI es genérica y no permite determinar cuál ha sido el grado de aplicación efectiva de estas promociones.

Por este motivo, la Dirección de Investigación requirió a SUZUKI las veinte primeras facturas emitidas cada mes del 2009 a concesionarios de Madrid (diez facturas) y de Barcelona (diez facturas), que son las provincias con mayor número de ventas de motos. A partir de la información aportada por SUZUKI (folios 771 y siguientes), la DI entiende que se deduce que en más del 75% de estas facturas para modelos contemplados en el listado trasladado a HONDA, el precio efectivamente pagado por el concesionario se corresponde con el recogido en el listado.

En respuesta a requerimientos de información de la Dirección de Investigación, HONDA ha aportado información sobre las tarifas que efectivamente aplicó en el año 2009 (folios 405 y siguientes), de la que el órgano de instrucción deduce que el precio medio pagado por los concesionarios frecuentemente no se ajustó al establecido en el listado intercambiado con SUZUKI, entre otras razones, por las promociones aplicadas por HONDA a sus concesionarios.

La DI también requirió a HONDA las veinte primeras facturas emitidas cada mes del 2009 a concesionarios de Madrid (diez facturas) y de Barcelona (diez facturas), que son las provincias con mayor número de ventas de motos. A partir de la información aportada (folios 952 y siguientes), aquélla deduce que en cerca del 50% de estas facturas para modelos contemplados en el listado trasladado a SUZUKI, el precio efectivamente pagado por el concesionario se corresponde con el recogido en el listado.

Con fundamento en estos hechos la resolución impugnada impuso la sanción que aquí se recurre.

CUARTO : En su demanda, la recurrente cuestiona el relato de hechos de la resolución impugnada porque cuando se produjo el intercambio de información ya conocía las tarifas de SUZUKI para el año 2009 porque tuvo acceso a ellas por otros medios. Argumenta que el intercambio de información no fue relevante porque Suzuki y Honda no se intercambiaron un elemento fundamental de los precios reales: los descuentos, rapeles y promociones.

Además, cuando se produjo el intercambio de información no existía la ventana de oportunidad en que se funda la resolución recurrida porque Montesa Honda ya había fijado de manera definitiva sus tarifas para el año 2009; explica como las fijó y que estas eran independientes del impuesto de circulación.

Destaca por ello que el intercambio de información no era de precios futuros sino de precios corrientes. Que no hubo contactos previos ni posteriores al 21 de enero de 2009. Resalta también que el intercambio de información no supuso coordinación de precios porque Honda mantuvo sus tarifas sin modificar durante todo el año 2009 y Suzuki solo las cambió para unos pocos modelos en julio de 2009 y tampoco produjo ningún efecto anticompeteritivo porque, en definitiva, las prácticas de Benchmarking son lícitas.

En cuanto a la infracción por la que se le sanciona niega culpa o negligencia en su comisión y dice que la sanción es desproporcionada.



El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Tras destacar la validez de las pruebas que sustentan la infracción apreciada rebate que la información ya fuera conocida porque, en todo caso, no debía ser de público conocimiento. A su juicio, el doc. 2 aportado con la demanda demostraría que HONDA comunicó sus precios a sus concesionarios pero no que la información fuera de público conocimiento .

Aporta los docs 1 y 2 en los que DAMS, concesionario multimarca obtiene directamente la información de HONDA y por tanto, ello demuestra que después del parón navideño Suzuki y Honda pusieron en marcha sus mecanismos de información para conocer los precios que iban a ofrecer finalmente, en particular, el porcentaje del tipo impositivo que iba a ser trasladado a los concesionarios y distribuidores.

Insiste en que los precios mayoristas no son de público conocimiento o no deben serlo. La incertidumbre que pretendían reducir Suzuki y Honda como práctica anticompetitiva no está en el tipo impositivo aplicable en el impuesto sobre matriculación sino en qué medida se iba a trasladar a los concesionarios y consumidores el incremento

QUINTO: Una vez que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 , rec. 113 / 2013, anuló la sentencia de ésta Sala de 4 de diciembre de 2012 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 4 de diciembre de 2012 en el recurso contencioso-administrativo número 736/2010. y declaró la validez del correo electrónico intervenido en la sede de Montesa Honda en la inspección llevada a cabo en dicha sede el 17 de diciembre de 2009, y que obligó a esta Sala a retrasar el pronunciamiento sobre éste recurso, debemos enjuiciar la conformidad a derecho de la sanción impuesta.

Para ello, ha de partirse del art. 1.1 de la LDC en cuanto dispone que: "*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. (...)*".

La comisión de una infracción del art.1.1. requiere:

En primer lugar, la existencia de una conducta concertada ya se trate de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela), y, en segundo lugar, que esa conducta tenga aptitud para restringir la competencia efectiva es decir, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir de forma significativa la competencia en el mercado nacional).

Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así, la sentencia T Mobile precisa que los criterios establecidos para analizar si un comportamiento tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia son aplicables ya se trate de un acuerdo, de una decisión o de una práctica concertada.

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, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. A su vez, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Es decir, es suficiente con que resulte 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.

Además, 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.

A partir de estos criterios corresponde ya a ésta Sala analizar si la información intercambiada en los correos de 21 de enero de 2009 podía eliminar las incertidumbres que pudieran existir en el mercado de motocicletas en el que tanto la recurrente como Suzuki operan.

SEXTO: La resolución recurrida entiende acreditada la infracción, un intercambio de información relevante y apto para restringir la libre competencia al considerar que "*el intercambio de correos electrónicos entre SUZUKI y HONDA del día 21 de enero de 2009 encaja en el concepto de práctica concertada restrictiva de la competencia por objeto y, por tanto, prohibida por el art. 1 de la LDC . Se trata de un contacto directo entre competidores reales en el mercado considerado, en el que las empresas imputadas, a través del correo electrónico de sus directivos, intercambian datos individualizados relativos a sus respectivos precios mayoristas y minoristas vigentes en principio para todo el año 2009 de distintos tipos de modelos de motocicletas de entre 125 cc y 1800 cc., en*



un momento temporal en el que existía una situación de incertidumbre sobre el comportamiento comercial que adoptarían los fabricantes de motocicletas ante la entrada en vigor de un cambio sustancial en los tipos impositivos del impuesto de matriculación que grava la compraventa de este tipo de vehículos de dos ruedas (HP 10 a 15), y en un contexto de severa reducción de la demanda derivada de la crisis económica que estaba afectando de forma particular a las motocicletas de mayor cilindrada, precisamente aquellas que al ser más contaminantes se verían grabadas con un mayor tipo impositivo (HP 4 a 6)."

La parte recurrente, niega la premisa mayor, que existiera un escenario de incertidumbre comercial porque las tarifas en cuestión entraban en vigor el 1 de enero de 2009 y, por tanto, los concesionarios ya estaban informados de ellas con anterioridad a esa fecha. A tal efecto, aportó con la demanda documentos que acreditan que esa información, entre el 29 y el 31 de diciembre se había puesto de manifiesto a todos sus concesionario y a partir de ahí, estos podían hacer con la información lo que desearan porque ya se encontraba en el mercado.

Por otra parte, que HONDA conocía desde el 13 de enero de 2009, 8 días antes del intercambio de correos las tarifas de SUZUKI.

La argumentación de la recurrente en su demanda, muy bien estructurada y desarrollada, se basa fundamentalmente en negar práctica concertada alguna, que la información intercambiada era inocua por conocida y que no tuvo ningún efecto en la competencia pues Honda mantuvo inalterados los precios durante todo 2009 y Suzuki solo modificó algunos precios en septiembre de 2009.

Ahora bien, la infracción apreciada no se funda en una concertación de precios que, en realidad, no tuvo lugar y de ahí que no resulte determinante el informe pericial que aporta la actora como documento nº 16 de la demanda cuando concluye que el intercambio de información no fue relevante para apreciar una actividad de coordinación. En realidad, la finalidad del intercambio de información relativo a los precios aplicables en 2009, efectivamente, era reducir la incertidumbre generada no tanto por la entrada en vigor de los tipos impositivos sino en que medida iban a ser repercutidos al concesionario o al consumidor final en un determinado contexto de incertidumbre por el escenario que se abría con los nuevos tipos impositivos en un mercado en clara situación de crisis.

A juicio de la Sala, la información remitida entre dos de los principales operadores del mercado era relevante porque es verdad que el listado de precios intercambiado contenía el precio de venta al público recomendado de cada uno de los modelos de motocicletas, dato que la práctica habitual revela que puede obtener el competidor, pero también lo es que incluía el precio mayorista o precio de venta al concesionario de cada uno de los modelos de motocicletas incluidos en las listas intercambiadas.

Este dato es el que permite conocer el margen de beneficio de los concesionarios mediante la deducción del PVP aplicado al precio mayorista. La resolución recurrida no imputa a la recurrente su participación en una concertación de precios sino en que al intercambiar recíprocamente esos precios reducía el nivel de incertidumbre en el futuro respecto de en qué medida se iba a repercutir a concesionarios y consumidores finales el nuevo tipo impositivo, prueba de ello es que los dos correos se remiten recíprocamente la estructura completa de precios y especifican que es con impuestos, explicando concretamente Suzuki que la suya obedece a un impuesto del 14,5%.

Cuestiona la parte recurrente que si los precios estaban vigentes desde el 1 de enero de 2009 no podían ser, al mismo tiempo precios futuros. Entiende la Sala que tal afirmación de la resolución recurrida debe entenderse en el sentido y contexto de la infracción apreciada, es decir, que sin perjuicio de estar vigentes desde el 1 de enero de 2009 los precios se iban a mantener y eran precios futuros porque su conocimiento recíproco es lo que permitía reducir el nivel de incertidumbre de su evolución y es precisamente ese conocimiento mutuo lo que explica que la recurrente mantuviera su nivel de precios y Suzuki lo modificara solo para algunos modelos.

SÉPTIMO.- La recurrente cuestiona esta argumentación pero debemos acudir de nuevo a la jurisprudencia comunitaria. La sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-MobileT afirma que:

" en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). *En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han*



producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

De conformidad con esa doctrina, no obstante la existencia de dos únicos correos entre HONDA y SUZUKI y la posición activa de ambas en el mercado de motocicletas debemos presumir que han concertado su comportamiento y que corresponde a la actora la carga de probar que el intercambio de información no ha tenido influencia en el mercado.

Ahora bien, la recurrente no ofrece una explicación alternativa satisfactoria del por qué del intercambio recíproco de información sobre precios. Si, como afirma, los precios estaban fijados definitivamente y publicados con anterioridad al 1 de enero de 2009 y eran de general conocimiento, no se entiende la necesidad del intercambio de precios salvo que dicho intercambio añadiera algún elemento interesante o relevante que, debemos entender, era el precio mayorista o precio de venta al concesionario de cada uno de los modelos de motocicletas incluidos en las listas intercambiadas.

La actora sostiene que el Benchmarking no está prohibido y tiene razón pero no dice qué práctica perseguía con el intercambio de información pues el criterio técnico acerca del importe del impuesto de matriculación ya era conocido con anterioridad como ella misma afirma para justificar la irrelevancia del intercambio de información sobre precios.

Tampoco resulta convincente, a juicio de la Sala, la explicación relativa a que SUZUKI ostentaba en aquellos momentos la presidencia de ANESDOR y que en ese contexto interesaba saber a efectos informativos en todo el sector el impacto de precios experimentado por MONTESA HONDA. El argumento, confirma que, efectivamente el impacto de los nuevos tipos impositivos en los precios generaba incertidumbre pero lo cierto es que de ser como se afirma se hubiera hecho indicación en los correos de la finalidad que perseguía la información requerida y de su texto no se deduce que tuvieran por finalidad preparar ninguna reunión de ANESDOR, por lo que no podemos entender que la actora ha cumplido con su carga de acreditar que el intercambio de información no perseguía ningún efecto restrictivo de la competencia pues, las normas de competencia lo que persiguen es que los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado.

En el presente caso, entendemos, a falta de una explicación alternativa convincente que el intercambio de información individualizada relativa a los precios mayoristas y minoristas vigentes en principio para todo el año 2009 de distintos tipos de modelos de motocicletas de entre 125 cc y 1800 cc, cilindrada en la que copan un 25% de las ventas en España perseguía reducir el nivel de incertidumbre existente sobre la repercusión final que tendrían los nuevos tipos impositivos a fin de determinar qué parte de la nueva carga impositiva van a soportar los fabricantes, los concesionarios y la que repercutirán en los consumidores.

Obsérvese, además, que como HONDA MONTESA al igual que SUZUKI vende más motos de mayor cilindrada que el resto, en las que el margen de beneficios es mayor de forma que la incertidumbre generada por los nuevos tipos impositivos es también mayor y, paralelamente, la incidencia que la política de descuentos tiene en el precio es menor de ahí, que debamos concluir que el intercambio de información de precios era relevante y tenía aptitud para restringir la competencia en la medida en que el conocimiento recíproco de los precios a aplicar durante 2009 reducía la incertidumbre y condicionaba la política comercial de ambas.

Debemos concluir, por ello, que los intercambios de información sobre precios analizados son anticompetitivos por su objeto ya que por su propia naturaleza son aptos para restringir la competencia en el mercado al impedir que los operadores económicos determinen de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado

OCTAVO: Finalmente, la parte recurrente argumenta que la sanción impuesta, al no respetar los criterios del art. 64 LDC no se ajusta a los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción. Entiende que la aplicación automática de los criterios establecidos en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 que no puede prevalecer por encima de los criterios de la propia Ley. Considera, en todo caso, que debería valorarse como atenuante su comisión por negligencia y la situación de crisis que vive el sector así como la doctrina de *minimis* conforme al art. 5 de la Ley 15/2007 en relación con el artículo 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero .



A la hora de valorar la proporcionalidad de la sanción, aspecto que cuestiona la recurrente, debemos tomar en consideración que la resolución impugnada se ha impuesto aplicando los criterios de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, fijando el importe básico de la sanción en el 10 % del volumen de ventas obtenido por las empresas en el mercado afectado durante el tiempo de duración de la infracción. En consecuencia, y siguiendo el criterio que hemos recogido en sentencias anteriores de esta Sala, por todas, de 19 de noviembre de 2015, rec. 410/13 , 16 de marzo de 2016 rec. 428 / 2013 y 22 de junio de 2016, rec. 467/2013 , debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNMC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013 , doctrina reiterada en otras posteriores como la de 4 de marzo de 2016 rec. 04/03/2016 .

NOVENO: Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo, anulando la resolución recurrida 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 y otras posteriores.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer las costas a ninguna de las partes en este proceso, dada la estimación parcial del recurso.

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

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.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 29/07/2016 doy fe.