



Roj: **STS 2019/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2019**

Id Cendoj: **28079130032021100077**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **2193/2020**

Nº de Resolución: **640/2021**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5025/2019,**  
**ATS 10868/2020,**  
**STS 2019/2021**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 640/2021**

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2193/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

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

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 2193/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 640/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2193/2020, interpuesto por VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U., representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia de la Sección 6<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 701/2015. Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y SEAT, S.A., representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sala de la Competencia, dictó resolución con fecha 23 de julio de 2015 (expediente S/0482/13 Fabricantes de automóviles) en la que se acuerda sancionar a la entidad Volvo Car España, S.L.U. -así como a otras empresas del sector del automóvil- como responsable de una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La resolución sanciona a Volvo Car España, S.A., empresa distribuidora de los automóviles de la marca VOLVO en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de postventa y marketing desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013, imponiéndole la sanción de 1.706.083 €.

Contra la referida resolución sancionadora interpuso la entidad Volvo Car España, S.A. recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sección 6<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 (recurso contencioso-administrativo nº 701/2015).

**SEGUNDO.-** Para fundamentar la desestimación del recurso la sentencia aquí recurrida de la Sala de la Audiencia Nacional expone, en lo que ahora interesa, las siguientes razones:

<< (...) QUINTO.-

[...]

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta Sección no comparte la tesis de la recurrente. Consideramos que existe integración estratégica entre las actividades comerciales de venta y las actividades de postventa que justifica su integración en un mismo mercado de producto relevante.

[...]

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

Para poder determinar si un intercambio de información entre competidores es susceptible de "tener por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia" es relevante analizar las características de la información que se intercambia. Y para ello acudiremos a la regulación recogida en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011).

[...]

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

1/ Información estratégica:

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

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

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

2/ Información actual con consecuencias para una política comercial futura

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

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



### 3/ Información desagregada

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

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

#### 1/ Frecuencia del intercambio de información

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

#### 2/ Información de datos públicos o privados

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

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

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

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

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

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

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



3.- Información sobre las medidas financieras adoptadas con la finalidad de incrementar la liquidez de la red de concesionarios como se aprecia en el folio 98 del expediente en el que consta: "CITROEN, PEUGEOT y FIAT han realizado el esfuerzo financiero de adelantar el pago del Plan 2000 E; HONDA ha disminuido la presión del stock de demos y cortesía; FIAT ha abierto una línea de Póliza de Tesorería (Max. 150.000 euros) y TOYOTA para la financiación de VO; CHEVROLET ha desarrollado un plan de incentivos de campaña; KIA paga las campañas con una periodicidad de 4 veces al mes".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

La mercantil recurrente, sin embargo, niega que la finalidad perseguida con el intercambio de información fuera un alineamiento en el comportamiento de los distintos competidores eliminando con ello la competencia entre ellos. Al contrario, refiere que lo que pretendían era conseguir eficiencias en el mercado ya que se estaba ante una práctica de benchmarking por cuanto el intercambio de información permitió identificar estrategias para reducir eficaz y rápidamente los costes en las redes oficiales de concesionarios lo cual se tradujo en una mayor rentabilidad de los concesionarios y ello tuvo una relación directa en los precios y en los descuentos ofrecidos al consumidor en la compra de los vehículos.

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

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

Concluimos que figuran en el expediente administrativo numerosos indicios y pruebas que ponen de manifiesto que las empresas fabricantes de automóviles de las distintas marcas mantuvieron entre ellas diversos contactos, bien a través de reuniones o bien a través de correos electrónicos, que implicaron una actuación conjunta y común en un mismo mercado con un mismo objetivo: principalmente perseguían obtener una mayor rentabilidad en las redes oficiales de concesionarios y para ello se comprometieron a remitir de forma periódica -según los datos, podía ser mensual, trimestral o anual- datos que permitían conocer los resultados económicos de sus competidores, así como las medidas estratégicas y comerciales que eran eficaces para mantener la viabilidad de los concesionarios mejorando la venta de vehículos.

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



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

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

*" Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C104/85, C114/85, C116/85, C117/85 y C125/85 a C129/85, Rec. p. 11307, apartado 63)".*

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

*"(30) Y en el caso analizado se ha constatado la existencia de contactos directos entre competidores con el fin de coordinar su comportamiento competitivo en materia comercial de fijación de precios mínimos lo cual es contrario a la competencia. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.*

*(31) Por lo que respecta al análisis del objeto contrario a la competencia de una práctica concertada como la controvertida en el litigio principal, ha de recordarse, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".*

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

Es cierto que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en su Disposición Adicional Cuarta define cártel como: *"A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo o practica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusorias en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia".*

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

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

*"Los cárteles consisten en conductas colusorias entre competidores, reales o potenciales, prohibidas por el artículo 1 de la LDC y tipificadas como infracciones muy graves, de acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC . El apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC incide además en su carácter secreto y en que se trata de conductas con un objeto anticompetitivo".*

Asimismo, la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01) en su epígrafe 59 reconoce que la comunicación de información entre competidores se considerará, por lo general, cárteles. Y la consideración de que el intercambio de información constituye un cártel implica que se está,



además, ante una restricción de la competencia por el objeto. Así se indica específicamente en los epígrafes 72 y 74 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal donde se recoge que cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto especialmente cuando la naturaleza del intercambio de documentación suponga por sí misma esa restricción. En el epígrafe 74 se dice de forma expresa:

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

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

1.- La práctica concertada entre los fabricantes de automóviles se ha desarrollado de forma institucionalizada, a través de la colaboración de empresas consultoras - URBAN y SNAP-ON- lo que ha facilitado el desarrollo de los acuerdos de intercambios de información. La institucionalización del cártel lo dota, además, de caracteres de estabilidad y homogeneidad.

2.- La práctica concertada se ha desarrollado de forma secreta y confidencial. Incluso los propios fabricantes de automóviles participantes en ese intercambio de información manifiestan su inquietud por el carácter de la información intercambiada poniendo en duda su legalidad en relación con la competencia y por ello insisten en numerosas ocasiones en el carácter confidencial de los datos aportados y que deberían ser secretos para terceros. Por eso se opta por identificar a las marcas con un número o letras.

3.- Era un intercambio de información basado en el carácter de reciprocidad hasta el punto de que, en algunas ocasiones, se generó inquietud entre las empresas participantes ante el retraso en proporcionar la información, o por la mala calidad o inconsistencia de la información compartida (folios 6864 y 11126 del expediente). Además, las empresas competidoras que se reunían con bastante regularidad - las reuniones se convocaban, según el ámbito de información remitida, por las empresas SNAP-ON Y URBAN- para garantizar que la información no pudiese ser utilizada por un tercero adoptaron protocolos de actuación en los que se destacaba la naturaleza confidencial de la información intercambiada (folios 12853 a 12857, 19486 a 19488 del expediente).

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

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

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

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

(41): *"...ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que puede eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes en lo relativo a la fecha, el alcance y las modalidades de la adaptación que la empresa interesada pone en práctica, incluido, como en el litigio principal, cuando la adaptación se refiere a la reducción de la retribución estándar de los distribuidores".*



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

Por tales razones, junto a otras que expone la sentencia relativas a cuestiones sobre las que no se ha suscitado debate en casación, la Sala de la Audiencia Nacional termina desestimando el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de Volvo Car España, S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de noviembre de 2020 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del citado auto de 21 de noviembre de 2020 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

*<< (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en matizar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 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.*

*3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 1 y Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso»>>.*

**CUARTO.-** La representación de Volvo Car España, S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito fechado a 25 de enero de 2021 en el que alega que los tribunales y autoridades de competencia han determinado que: (i) antes de calificar una conducta como una infracción por objeto es necesario analizar previamente el contenido, objetivos y contexto económico y jurídico en el que se inscribe; (ii) resulta constitutivo de infracción por objeto (y, en particular, de cártel) el intercambio de información sobre precios y/o cantidades futuras por parte de los agentes del mercado; y (iii) el resto de casos de intercambio de información (i.e. distintos de los precios y/o cantidades futuras), únicamente pueden resultar constitutivos de infracción por sus efectos (no por su objeto) en la mayoría de los casos y sólo en circunstancias excepcionales referidas al mercado en el que se enmarca el intercambio de información.

Partiendo de lo anterior, y tras examinar el alcance del intercambio de información habido en el caso presente, la recurrente aduce que la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional infringe lo dispuesto en los artículos 1 y DA 4ª de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE, al obviar los pronunciamientos, disposiciones y precedentes que han de servir para interpretar dichos preceptos.

Añade la recurrente que, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo y del TJUE, así como de la práctica decisoria de la Comisión Europea, únicamente cabe llegar a considerar como cártel los intercambios de información entre empresas competidoras exclusivamente relativa a precios y cantidades futuros, incluyendo otras comunicaciones previas entre empresas relacionadas con la fijación futura de precios, información que, según quedó acreditado en la instancia y se ha expuesto anteriormente, no fue objeto de intercambio en el presente asunto. Así, la jurisprudencia del TJUE lleva a concluir que, si un intercambio de información autónomo únicamente puede ser considerado de manera extraordinaria restrictivo por su objeto en supuestos excepcionales, su calificación como cártel debe quedar estrictamente reservada a supuestos particularmente singulares, sobresalientes por un palmario e incuestionable grado de nocividad y tras realizar el correspondiente análisis sobre el contenido, objetivos y contexto económico y jurídico en el que se inscribe el mismo.

Idéntica conclusión cabe extraer a la vista de varios instrumentos que, sin poder ser calificados de norma jurídica, resultan un instrumento útil para la interpretación de las normas aplicables, esto es, los artículos 1 de la LDC, 101 del TFUE y la DA 4ª de la LDC. Y si la Sala de instancia hubiera realizado una correcta interpretación y aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, así como de la DA 4ª de la LDC, bajo la perspectiva de la doctrina del TJUE relativa al análisis de los intercambios de información, habría llegado a la conclusión de que el mismo no puede ser calificado como una restricción por objeto constitutiva de cártel. Y ello porque la única información cuyo intercambio puede llegar a ser considerado como constitutivo de cártel es aquella referida a precios o cantidades futuras, incluyendo otras comunicaciones previas entre empresas relacionadas con la fijación futura de precios, lo que no ocurre en el presente caso, como ha quedado debidamente acreditado



(sin que tampoco haya sido ni siquiera alegada de adverso la concurrencia de ninguna otra circunstancia para intentar justificar la eventual existencia de un cártel).

Por todo ello, termina el escrito solicitando que esta Sala precise el alcance de los artículos 1 y DA 4ª de la LDC y 101 del TFUE y complete la doctrina generada en torno a los mismos declarando que los intercambios de información que no versan sobre precios o cantidades a futuro no pueden ser calificados por sí mismos como infracción por objeto constitutiva de cártel. Y, en fin, que se case la sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación del recurso contencioso- administrativo, se anule la resolución administrativa sancionadora.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 28 de enero de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

**SEXTO.-** La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2021 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por las recurrentes en sus respectivos escritos, termina solicitando que se dicte sentencia en la que, reiterando la jurisprudencia ya existente, sin necesidad de modificarla ni matizarla, se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO.-** La representación de Seat, S.A. no presentó escrito alguno, por lo que mediante diligencia de 24 de marzo de 2021 se declaró caducado el tramite correspondiente.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de 5 de abril de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose al efecto el día 20 de abril de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación nº 2193/2020 lo interpone la representación de Volvo Car España, S.L.U. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 701/2015.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia recurrida vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Volvo Car España, S.L.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015 (expediente S/0482/13 Fabricantes de automóviles) en la que se acuerda sancionar a la entidad Volvo Car España, S.L.U. -así como a otras empresas del sector del automóvil- como responsable de una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La resolución sanciona a Volvo Car España, S.A., empresa distribuidora de los automóviles de la marca VOLVO en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de postventa y marketing desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013, imponiéndole la sanción de 1.706.083 €.

Varias de las empresas sancionadas también interpusieron recursos contencioso-administrativos que fueron igualmente desestimados por otras tantas sentencias de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; sentencias éstas que, asimismo, fueron recurridas en casación por las distintas empresas (recursos de casación 2193/2020, 2218/2020, 2227/2020, 2681/2020, 2720/2020, 2745/2020, 3019/2020, 3907/2020).

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la desestimación del recurso contencioso- administrativo. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, y, en particular, la cuestión señalada en auto de la Sección Primera de esta Sala de 21 de noviembre de 2020 de que acordó la admisión del recurso de casación ( *vid.* antecedente tercero de esta sentencia).

Ahora bien, como la cuestión suscitada en el presente recurso es sustancialmente coincidente, si es que no idéntica, a la planteada en el recurso de casación nº 2681/2020, promovido por la entidad Automóviles Citroën España, S.A., en los apartados siguientes no haremos sino reiterar las consideraciones que hemos expuesto en nuestra reciente **sentencia nº 531/2021, de 20 de abril (casación nº 2681/2020 )**.

**SEGUNDO.- Debate suscitado en casación y marco normativo aplicable.**

Con independencia de lo afirmado en el auto de admisión sobre el objeto de la información intercambiada, extremo sobre el que luego nos pronunciaremos, la controversia suscitada en el recurso de casación se centra en la interpretación del artículo 1 y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), 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 caso afirmativo, en qué circunstancias.

El artículo 1 TFUE dispone:

"Artículo 1

1. El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias.

2. El presente Tratado y el Tratado de la Unión Europea constituyen los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión. Estos dos Tratados, que tienen el mismo valor jurídico, se designarán con la expresión "los Tratados".

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

"Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

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

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

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

[...]>>.

Siendo este el marco normativo, lo que se debatía en el proceso de instancia, y también ahora en casación, es si el intercambio de información entre empresas competidoras puede ser calificado como una infracción por objeto, y, en particular, como un cártel, como ha entendido la CNMC y confirmado luego la Sala de la Audiencia Nacional.

Ello nos lleva a recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo que ya tuvimos ocasión de reseñar en nuestra reciente sentencia nº 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (casación 3405/2020). Veamos.

### **TERCERO.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo.**

En la citada sentencia nº 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (casación 3405/2020) recordábamos que la tradicional distinción, en el ámbito del Derecho de la Competencia, entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto" ha sido examinada por esta Sala en ocasiones anteriores. Sirva de muestra nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017) de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

*<< (...) la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11 , apart. 35) "la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018, (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78).*

*La sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07 ) ya puso de manifiesto los criterios para determinar si nos encontramos ante una infracción por el objeto o para establecer si era necesario establecer su incidencia sobre el mercado, afirmando que:*

"Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.

Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común ( sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe ( sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66)".

*Ahora bien, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.*

*Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por este Tribunal Supremo.*

[...]

Y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), tras distinguir entre las practicas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma: "29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Finalmente, la STJUE de 20 de enero de 2016 (asunto C-373-149) recuerda que en las infracciones por objeto es necesario considerar el objeto mismo del acuerdo, pero "[...] no es necesario examinar los efectos de acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y ClaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C 501/06 P, C- 513/06 P y C-519/06P, EU:C:2009:610, apartado 55)".

*Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014 ) señala que los acuerdos de intercambio de información entre competidores destinados a coordinar las condiciones económicas tienen por objeto restringir la competencia y no resulta necesario, en consecuencia, examinar sus efectos:*

"Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia ( STJUE de febrero de 2009, asunto T-Mobile C-8/08, que bastaría la prueba del intercambio de información, [...], para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...]. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

*Y en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo , esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que*

"[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y



consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

*De esta jurisprudencia puede extraerse la conclusión que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado>>.*

A modo de recapitulación de lo expuesto en este apartado, en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, F.J. 9º) transcribíamos diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en la que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones por objeto y por efecto. Dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia:

"305 Procede recordar, a este respecto, que, según la jurisprudencia, los conceptos de "acuerdo", de "decisiones de asociaciones de empresas" y de "práctica concertada" del artículo 101 TFUE, apartado 1, recogen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23, y la jurisprudencia citada).

306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 Además, la jurisprudencia precisa que la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias T-Mobile

Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

308 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado con el fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 22).

309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, para prohibirlo, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: <<...en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto" no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado>>.

También recordamos las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional analiza en su fundamento jurídico 7º las características de la información que se intercambia y acude a la regulación recogida en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (DOCE 14

de enero de 2011). Y resulta oportuno reiterar aquí lo que ya hemos declarado acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices en las sentencias 356/2021 nº 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (casación 3405/2020) y nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), a las que ya nos hemos referido, seguidas luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º).

Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta.

Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia.

Debemos también hacer mención a la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C- 228-2018 Budapest Bank), en la que el Tribunal de Justicia examina una multa impuesta a siete bancos por considerar que, en relación a las tarjetas de pago, se había acordado entre ellos una tasa uniforme. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia establece pautas interpretativas sobre la noción de restricción de la competencia y señala que una autoridad de competencia puede considerar que una conducta constituye al mismo tiempo tanto una restricción a la competencia por objeto como por efecto. Y declara la STJUE que el hecho de considerar que una conducta constituye una restricción por objeto no le exime de su obligación de " *apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a una u otro tipo de restricción*".

Precisa el TJUE que no podrá considerarse que un acuerdo es por su propia naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia, es decir, restrictivo por objeto, si no existe un acervo sólido y fiable de experiencia al respecto. Y recuerda finalmente, siguiendo la sentencia de *Gropupement des Cartes Bancaires*, que el concepto de restricción por objeto debe interpretarse de manera restrictiva y que una conducta podrá considerarse como tal si se constata que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia.

En fin, para la determinación de este "grado de nocividad suficiente", esta STJUE de 2 de abril de 2020 aclara los aspectos que han de valorarse, que son los siguientes: A) el contenido de las disposiciones del acuerdo debe presentar un carácter nocivo para la competencia, B) el objetivo u objetivos que se pretendan alcanzar con el acuerdo deben estar claramente definidos, razonando que el hecho que se considere que una medida persiga un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba considerarse ilegal, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia y, C) El contexto económico y jurídico que deberá tenerse en cuenta en todo caso, incluso cuando los elementos anteriores (el contenido y los objetivos del acuerdo) apunten a una restricción por objeto. A tal fin, se deberán atender a una serie de indicadores como los efectos pro- competitivos del acuerdo, su contexto regulatorio y especialmente, la comparación entre las condiciones de competencia que hubiera habido en presencia y en ausencia del acuerdo. Concluye el TJUE que las pruebas aportadas en ese caso no permiten concluir que exista una experiencia suficientemente general y continuada como para que "pueda considerarse el carácter nocivo para la competencia de un acuerdo como el controvertido".

Por último, debemos también recordar la jurisprudencia de esta Sala Tercera en materia de intercambio de información. Sirva de muestra nuestra sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018, de la que reproducimos ahora el siguiente fragmento:

<<(…) el intercambio de información entre empresas competidoras puede suponer una "práctica concertada", pues el conocimiento de una información relevante de la empresa competidora puede sustituir los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras la sentencia de 4 de junio de 2009, (asunto C-8/08, T-Mobile, par. 26.) de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Dole Food, par. 126 y siguientes), y sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto C-49/92, P, Polypropylene, par. 115), entiende por "práctica concertada": "una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas".

*El grado de coordinación necesario para entender que nos encontramos ante una práctica concertada no exige la elaboración de una planificación específica. El intercambio de información relevante implica una colaboración o cooperación, dado que, como regla general, la lógica de la competencia entre empresas conlleva que "todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y*



las condiciones que pretende reservar a sus clientes" ( STJUE de 16 de diciembre de 1975 , Suiker Unie y otros/ Comisión, asuntos acumulados 40/73 y otros apartado 173, STJUE de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, apartado 13, STJUE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, John Deere Ltd. apartado 86).

Así, la jurisprudencia ha sostenido que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica, pues el contacto directo entre competidores determina que cada empresa no actúa con la debida autonomía, cuando la toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado ( STJUE de 16 de diciembre de 1975 , asuntos acumulados 40/73 y otros, Suiker Unie, párrafo 173 y ss) produciendo así un resultado colusorio>>.

#### **CUARTO.- Sobre la calificación de infracción por objeto en el presente caso.**

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 y mantuvo la Sala de la Audiencia Nacional- o si, como sostiene 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 que la resolución de la CNMC se sustenta en meras afirmaciones genéricas y enunciativas que no pueden sustituir el análisis requerido lo que determina que la infracción por objeto carezca de fundamento.

Sostiene, en suma, que no se ha establecido con arreglo a las exigencias de la jurisprudencia del TJUE (caso Budapest Bank) 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 particular la sentencia de 20 de abril de 2020, Budapest Bank, que completa la anterior sentencia de 11 de septiembre de 201, 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 administrativa sancionadora.

Por su parte, la sentencia recurrida 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 que antes transcrito (vid. antecedente segundo de esta sentencia).

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional parte de los hechos que la resolución sancionadora de la CNMC declara probados, que no han sido objeto de controversia, sobre el intercambio entre las empresas de venta y distribución de vehículos de motor de la información, que se refiere, en esencia, a los márgenes comerciales y a la organización de los distribuidores de automóviles, así como a las condiciones de venta y posventa.

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- razona 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, procede que recordemos ahora el contenido de los acuerdos.

Como expone la resolución administrativa sancionadora, se trata de intercambios de información comercialmente sensible que tenía lugar en varios foros: En primero lugar, 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, se crea en 2010 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 fin, en las denominadas Jornadas de Constructores.

La información intercambiada -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) 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 datos obrantes en las actuaciones ponen de manifiesto que la información compartida se refiere en gran parte a elementos que afectan de forma relevante a los precios y a su estructura; y sustentan, por ello, la calificación de restricción por objeto, como razona la CNMC, cuya resolución considera como estratégica la información comunicada por las empresas 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.

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 a las empresas conocer el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así tuvimos ocasión de afirmarlo ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (casación 2917/2016).

En esta sentencia que acabamos de citar 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 que la resolución sancionadora declara probados -y que no han sido 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, la parte recurrente alega que los acuerdos de intercambio de información tenían un carácter pro-competitivo, alegato que la sentencia recurrida rechaza. Argumenta la parte que el intercambio de información obedece a una lícita práctica de evaluación comparativa (*Benchmarking*), que perseguía conseguir eficiencias en el mercado. Aporta al efecto un dictamen pericial elaborado por *Compass Lexecon* en el que se afirma que el traslado de la información permitió reducir de forma eficaz y rápida las redes oficiales de concesionarios y dio lugar a la estabilización y caída de los precios de los vehículos y mejora de los descuentos ofrecidos al consumidor.

Como vimos, la Sala de la Audiencia Nacional razona, en el fundamento octavo de su 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. Señala asimismo la sentencia 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 Nacional 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 evidencian 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 partícipes, sin que resulte revisable en casación la valoración razonada de la prueba realizada por la Sala de instancia.

Finalmente, debemos referirnos al 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, 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 la propia resolución sancionadora de la CNMC incorpora un análisis de dichos aspectos. Así, 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 varios sub-apartados 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 (STJCE de 25 de noviembre de 2006, apartado 49). 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, resulta acreditado el intercambio de información entre competidores sobre 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 tiene por sí un grado suficiente de nocividad para la competencia, por su propia naturaleza, y perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, lo que lleva a concluir que debe ser considerado restrictivo por su objeto, pues sólo podía pretender la modificación de las condiciones de competencia en el mercado.

#### **QUINTO.- 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 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 acotado en la citada disposición adicional 4.2 LDC en su redacción original.

La parte recurrente muestra su disconformidad con la sentencia recurrida, en la que se razona que la enumeración contenida en la disposición adicional 4.2 de la LDC no es de carácter cerrado, como se confirma 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 de la resolución sancionadora quiebra el principio de irretroactividad de las 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.

Pues bien, el planteamiento de la recurrente no puede ser asumido. Veamos.

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 Real Decreto-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 Real Decreto-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 aparece 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 recurrida 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, 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.- A lo anterior debe añadirse 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 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 cabo entre empresas que eran competidoras entre sí.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, esta 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.

En primer lugar, como señala la sentencia recurrida, 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 cartel.

En este sentido, entendemos que la definición de cártel introducida en la LDC por el Real Decreto-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 cartel 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 el mismo sentido, y también en relación con el mismo expediente sancionador al que se refiere la sentencia anterior (peluquería profesional), 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 Real Decreto-ley 9/2017.

#### **SEXTO.-Doctrina jurisprudencial.**

La apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo de intercambio de información entre empresas competidoras exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias en que se producen las prácticas, singularmente, el marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados.

La calificación de un acuerdo de intercambio de información como infracción "por objeto" exige que resulte debidamente acreditado que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia.

Los intercambios de información sobre elementos que condicionan, integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieren directamente a precios finales, constituyen una infracción por objeto y pueden ser considerados como cártel de acuerdo con las consideraciones expuestas en el Fundamento jurídico 5º.

#### **SÉPTIMO.- Conclusión y costas procesales.**

Por las razones expuestas, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Volvo Car España, S.L.U. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 701/2015.

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

No ha lugar al recurso de casación nº 2193/2020 interpuesto por VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 (recurso contencioso-administrativo nº 701/2015); sin imponer 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.