



Roj: **STS 2286/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2286**

Id Cendoj: **28079130032021100090**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/05/2021**

Nº de Recurso: **2181/2020**

Nº de Resolución: **759/2021**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 759/2021

Fecha de sentencia: 31/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2181/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 2181/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 759/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. **Diego Córdoba Castroverde**

En Madrid, a 31 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2181/2020, interpuesto por la mercantil BMW Iberica, S.A.U., representada por el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, y bajo la dirección letrada de don Konstantin Jörgens, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2019, en el procedimiento ordinario 627/2015.

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La representación procesal de BMW Ibérica, S.A.U., interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 23 de julio de 2015, por la que se declara acreditada una infracción del artículo 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, declarando responsables, entre otras, a "BMW IBERICA, SAU" (BMW) por su participación en cártel de intercambio de información confidencial futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde junio de 2008 hasta agosto de 2013 y se le impone la multa de 8.031.780 euros.

SEGUNDO. Mediante Auto de 27 de noviembre de 2020 se admitió el recurso de casación declarando 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.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando que la sentencia de instancia ha realizado una aplicación incorrecta de los conceptos de restricción por objeto, en los términos previstos en el art. 1 de la LDC y art. 101 del TFUE, no siendo discutido en la instancia que los intercambios de información no incluyen información de precios o cantidades futuras, el Tribunal a quo concluye que los mismos son una conducta restrictiva de las normas de la competencia por su "objeto" y los considera como un cartel.

Aunque la sentencia afirma que los intercambio tenían por objeto restringir la competencia, los hechos probados no respaldan esa afirmación, pues la Audiencia Nacional omitió aspectos clave de la reciente jurisprudencia del TJUE que explica las condiciones que debe cumplir una conducta para ser considerada como una restricción por el objeto de las normas de la competencia, condición sine qua non para la existencia de un cartel.

A tal efecto alega las condiciones contempladas en la sentencia del TJUE de 2 de abril de (asunto-228/18, Budapest Bank) aclaró que para clasificar un acuerdo o práctica concertada como una restricción de la competencia por el objeto "debe existir un acervo sólido y fiable de experiencia para que pueda considerarse que dicho acuerdo es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia". El TJUE consideró que puede presumirse que una conducta tiene efectos nocivos sobre la competencia (y puede, por tanto, ser una restricción "por el objeto" a los efectos del artículo 101 del TFUE) si, por ejemplo, "existe una práctica relativamente extendida y coherente por parte de las autoridades europeas de defensa de la competencia y/o de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros" que respalde con carácter general dicha conclusión.

Según las Directrices Horizontales de la CE sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE los intercambios de información pueden generar diversos tipos de mejoras de eficiencia y, por tanto, ser beneficiosos tanto para las empresas como para los consumidores. Y otros pueden ser restrictivos de la competencia y, por lo tanto, contrarios a los artículos 1 de la LDC y/o 101 del TFUE por su objeto y/o por sus efectos.



Las únicas conductas que pueden ser restricciones por objeto en España son los intercambios de información sobre datos individualizados sobre precios o cantidades futuras.

Por lo que concluye que para que exista una infracción por el objeto es necesario analizar el contenido, objetivos y contexto económico y jurídico en que se inscribe, que el objeto verse sobre precios y/o cantidades futuras por parte de los agentes del mercado y el resto de los casos de intercambio de información únicamente pueden resultar constitutivos de infracción por sus efectos solo en circunstancias excepcionales referidas al mercado en el que se enmarca el intercambio de información.

Y el recurso a partir de este análisis jurisprudencial argumenta:

1º La sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los artículos 1, D.A 4ª de la LDC, así como el art. 101 del TFUE al obviar los pronunciamientos, disposiciones y precedentes que han de servir para interpretar dichos preceptos.

La información intercambiada versaba sobre el número y unidades de vehículos venidos y planes adoptados en la organización interna de la red de distribución, pero no en relación con los previos de venta que aplicarían o el número de automóviles que pondrían en el mercado futuro.

Pese a ello la sentencia califica como infracción por objeto constitutiva de cartel un intercambio de información sobre cuestiones distintas a precio o cantidades futuras. Considera constitutiva de un cartel un benchmarking.

La sentencia recurrida no tuvo en cuenta que, a la luz de sus características y del contexto económico y jurídico, los intercambios carecían de aptitud para restringir la competencia y que, en consecuencia, no pueden suponer una restricción por objeto. No tenía un grado de nocividad suficiente para ser calificado como una restricción de la competencia por su propio objeto.

Si la sentencia recurrida hubiese realizado el necesario análisis del contexto y del carácter más o menos nocivo de intercambio de información entre competidores hubiera alcanzado la conclusión de que dicho intercambio no restringe la competencia ni por su objeto ni por sus efectos.

Se trató del ejercicio de benchmarking que permitió identificar estrategias para reducir eficazmente los costes en las redes de concesionarios lo que se tradujo en una mayor rentabilidad de los concesionarios que incidió en los precios y en los descuentos ofrecidos al consumidor en la compra de los vehículos. De hecho, la CNMC tardó más de un año en aceptar la solicitud de clemencia, las demás empresas no solicitaron clemencia, sino que se opusieron solicitando la terminación del procedimiento sin multas ni declaración de infracción.

Un análisis del contexto jurídico y económico en el que se produjo el intercambio de información analizado, como exige la doctrina del TJUE, hubiera permitido entender a la CNMC y a la Audiencia Nacional que el mismo se produjo durante la gran recesión durante los años 2008-2015 en un momento de crisis profunda del sector que había llevado al colapso a las redes de distribución individuales de fabricantes. En el presente caso el intercambio de información pretendía compartir experiencias y mejores prácticas (benchmarking) sobre la mejor manera de mantener operativas estas redes.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Las características del intercambio de información realizado pueden comprobarse en el hecho segundo (páginas 2 y 3) del Auto de admisión.

La sentencia asume y da por reproducido el contexto jurídico y económico del mercado afectado contenido en la resolución administrativa (apartado II, páginas 14 y ss. hasta la 25). Y el grado de nocividad se incorpora tanto en la resolución administrativa como en la sentencia. Lo que pretende la recurrente es sustituir la valoración del tribunal por la suya propia.

La Sala en su fundamento jurídico séptimo reseña la información intercambiada y concluye afirmando "[...] 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".

Y más adelante la sentencia analiza la conducta desplegada por los fabricantes de automóviles y concluye que las acciones integran un comportamiento propio de un cartel.

Y son los datos siguientes los que le llevan a esa conclusión (página 18 y 19 del FJ OCTAVO): 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).

Considera que el intercambio de información entre competidores que no versa sobre precios o cantidades a futuro constituye un acuerdo colusorio secreto o cartel, sancionable como infracción por el objeto.

El concepto de cártel es dinámico, omnicomprensivo de prácticas colusorias entre las que se incluye también el concierto o acuerdo de intercambio de información estratégica y futura entre competidores. Sin duda, cuando ese intercambio produce una reducción o eliminación de la incertidumbre y determina un alineamiento competitivo de empresas que compiten en un mercado relevante, estaremos ante una restricción por objeto, un cártel, pues no se concibe que un intercambio de esas características y realizado por el procedimiento que se acredita en la instancia, sea otra cosa que un cártel como bien resuelve la sentencia recurrida. Así lo señala también la jurisprudencia nacional, entre otras, SSTS 3ª, 21.01.2019 RCA 4323/2017 y 25.07.2018, RCA 2917/2016.

Un intercambio de información, inclusive si no se refiere directamente a precios o cantidades futuras, puede permitir atendido el mercado relevante y sus características que las empresas participantes en los intercambios conozcan la posición de sus competidoras en el mercado y sus estrategias comerciales. Así lo indica la STS 3ª de 21.12.2019, en la que se dice que, aunque no toda actuación de intercambio de información es colusoria, "[...] ha de considerarse que tiene un objetivo contrario a la competencia un intercambio de información que pueda eliminar la incertidumbre que sigue existiendo entre las partes".

Para ello, es necesario valorar si dichos contactos tienen por finalidad abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas implicadas y el volumen de dicho mercado.

Así, la doctrina del TJUE v. sentencia *T-Mobile*, partidaria de considerar factores como el tipo de información intercambiada y la estructura del mercado, en cuanto que impida, restrinja o falsee el juego de la competencia, señalando que el intercambio puede ser colusorio en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que tendrá un objetivo contrario a la competencia entre las empresas cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, sea apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, suprimiendo la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes. En el mismo sentido, en la STS 3ª de 25.07.2018 (*Suzuki-Honda*) se refiere también a los criterios a considerar en el ámbito de aplicación de un intercambio de información comercial señalando que "[...] En este caso, las circunstancias del mercado en que se produjo el intercambio y el contenido de la información intercambiada hacen que la misma sea relevante para tener una influencia negativa en la competencia".

De ahí que la sentencia recurrida haga un análisis del contexto del mercado relevante, de las circunstancias del concreto intercambio de información y del procedimiento a través del cual se ha producido dicho intercambio, incluyendo en la motivación que el intercambio sistemático amplio y duradero de información revela un grado suficiente de nocividad.



Y para que estemos ante una restricción por el objeto no es excluyente que el intercambio verse sobre precios o cantidades a futuro, sino que, también cabe otro tipo de intercambio sobre información sensible, no pública, futura, que reduce la incertidumbre inherente a la competencia, puede constituir una restricción por el objeto.

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

También deben considerarse la frecuencia y regularidad del intercambio de la información, la homogeneidad de los intervinientes y su estabilidad, la ocultación a terceros, la reciprocidad, la no discriminación en el intercambio, la planificación o la institucionalización, que son analizados y valorados de forma muy precisa por la sentencia de instancia. En definitiva, como ha señalado la jurisprudencia no hay una lista de restricciones por objeto y otra de restricciones por efectos, al igual que no existe una definición de cártel que enumere todas las posibles formas de llegar a un resultado colusorio.

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

Lo que se prohíbe (arts. 1 LDC, 101 TFUE, disposición adicional cuarta. 2 LDC) es cualquier acuerdo o conducta concertada, inclusive el intercambio constante y concertado de información estratégica, conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin.

También las Directrices (apartados 72, 74 y 75) admiten que un intercambio comercial entre competidores pueda constituir un cártel, restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101.1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán sancionados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades.

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

La calificación de cártel no constituye un desvalor especial de antijuridicidad material a efectos sancionadores, que es de lo que se trató en el proceso de instancia y debe tratarse en este recurso de casación, porque cualquier acuerdo de cooperación horizontal que integre un sistema de información intercambiada con los caracteres que presenta en este caso constituye una infracción muy grave.

La sentencia, atendido el contexto económico y jurídico en el análisis del concreto mercado afectado y sus concretas circunstancias, aprecia un grado suficiente de nocividad con respecto a la competencia, y caracteriza el intercambio de información como infracción por el objeto constitutiva de cártel.

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



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

Considera esta Abogacía del Estado que la jurisprudencia ya ha establecido que un intercambio de información entre competidores sobre precios o cantidades a futuro puede ser una restricción por objeto, un cártel. En este caso, el intercambio de información realizado ha tenido influencia indirecta sobre los precios (v supra), luego, sólo por esto ya es una restricción por objeto constituyendo un cártel de empresas competidoras. Dicha doctrina no precisa de matización ni de revisión y debe ser mantenida.

Considera asimismo que, un intercambio de información entre competidores aunque no verse directamente sobre precios o cantidades futuras, pero que suponga compartir datos futuros, sensibles comercialmente, estratégicos, que reducen o eliminan la incertidumbre en el mercado relevante y provocan un alineamiento de competidores, materializado mediante procedimientos de intercambio velados, anonimizados voluntariamente para eludir su detección revelando un concierto de intercambio con grado suficiente de nocividad, es una restricción por el objeto que puede determinarse, en el mercado relevante con el examen de las circunstancias indicadas, constituyendo un cártel. Máxime si, dicho intercambio incide indirectamente en los precios.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de mayo de 2021, fecha en que se deliberó por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación procesal de "BMW IBERICA, SAU" (BMW) interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019, en el recurso contencioso número 627/2015).

La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de julio de 2015 (expediente sancionador nº S/0482/13 Fabricantes de Automóviles) que impuso a la entidad recurrente y a otras fabricantes de automóviles sanciones de multa como responsables de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde junio de 2008 hasta agosto de 2013.

La multa impuesta a BMW, es de 8.031.780 euros.

La Audiencia Nacional desestima el recurso deducido por considerar ajustada a Derecho la resolución de la CNMC que aprecia la comisión de la infracción al considerar que intercambiaron información con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor en España, información que se reseña en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia en los siguientes términos:

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

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

Y, en este sentido, destacamos la siguiente información que se intercambiaron los fabricantes de automóviles y que reúne las características antes aludidas para poder hablar de 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 intercambiaban, entre otros, los datos estratégicos relativos a remuneración y márgenes comerciales a las redes oficiales de concesionarios, o los datos desagregados que recogían las principales cifras y resultados económicos en aspectos tales como los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje y las cifras de gastos (en porcentaje y en total). Además, era una información actualizada ya que se remitía con bastante periodicidad (en algunos casos era mensual) lo que favorecía su utilidad para diseñar estrategias o para condicionar comportamientos futuros. Finalmente, no es cierto que los datos compartidos fueran públicos porque, a diferencia de lo que entiende la recurrente, no podían obtenerse ni de la Dirección General de Tráfico ni de FACONAUTO.

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

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

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

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

SEGUNDO. Debate suscitado en casación y marco normativo aplicable.

Con independencia de lo afirmado en el reseñado Auto sobre el objeto de la información intercambiada y las ulteriores precisiones sobre su contenido y alcance, la controversia suscitada en el presente recurso de casación se centra en la interpretación del artículo 1 y Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de aclarar en qué circunstancias puede considerarse que determinados intercambios de información entre competidores pueden ser calificados como cártel.

El artículo 101 TFUE dispone:

"Artículo 101

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."



El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone:

"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.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia".

Siendo este el marco normativo, lo que se debate en el proceso es específicamente, si el intercambio de información entre empresas competidoras que no recae directamente sobre el precio final puede ser calificada como una infracción por objeto, y en particular, como un cártel, como así lo considera la CNMC -y así lo confirma la Audiencia Nacional-. Ello nos lleva a recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de este Tribunal Supremo que ya se sintetizó en la reciente Sentencia nº 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (RC 3405/2020).

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

En esta última sentencia recordamos la distinción entre las infracciones por objeto y las infracciones por efecto en los siguientes términos:

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 Hungría 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-469/15P, 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 de 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 -siguiendo la Sentencia 356/2021- lo señalado por esta Sala en la sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices.

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, Pfeiderer (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.

Finalmente, cabe hacer mención a la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228-2018 Budapest Bank invocada por las recurrentes como fundamento de su recurso de casación, en la que el Tribunal de Justicia examina una multa impuesta a siete bancos por considerar en relación a las tarjetas de pago, que se había acordado entre ellos una tasa uniforme. 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 por la competencia por objeto como por efecto.

Y declara el TJUE en dicha sentencia 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."

También 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 Groupement 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.

Y para la determinación de este "grado de nocividad suficiente", 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, C) 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, 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.

Conviene también traer a colación la jurisprudencia de esta Sala Tercera en materia de intercambio de información, de la que es exponente la Sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018.

Dijimos entonces que "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.

En esta línea, en la Sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 3253/2014) dijimos al resolver el recurso de casación formulado por "Colomer Group Spain":

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

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

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

La controversia casacional se centra en determinar si el intercambio de determinada información entre empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles constituye una restricción por objeto -como entendió la resolución administrativa sancionadora- o si, como defienden las recurrentes, 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 la invocada la Sentencia de 20 de Abril de 2020, Budapest Bank que completa la precedente 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 sancionadora:

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

Respuesta de la Sala de Competencia:

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Finalmente, respecto de la alegación relativa al uso oportunista del concepto de cártel en supuestos de clemencia, conviene llamar la atención sobre el hecho objetivo de que en los supuestos en los que el órgano de instrucción inicia sus actuaciones con motivo de una solicitud enmarcada en el Programa de Clemencia, comúnmente dispone de un nivel de prueba documental superior a otros supuestos, permitiéndole además dirigir las inspecciones de forma más útil y productiva, todo lo cual facilita alcanzar la conclusión de que nos encontramos ante una infracción calificable de cártel con mayor grado de convicción que en supuestos en los que tal solicitud de exención no existe.

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

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



La posición sobre cuándo puede apreciarse que un determinado tipo de coordinación entre empresas tiene el grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del art. 101 TFUE ha sido sintetizada por una reciente sentencia de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286113 P Dole Food y Dole Fresh Fruit):

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

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

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

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

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

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

La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios) b) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con



influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en de cada tipología de retribución, sistema de bonus , financiación de las campañas, de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de posventa, e) campañas de marketing al cliente final e) programas de fidelización de los clientes f) políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y mejores prácticas de gestión de sus redes y g) cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles.

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

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

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

Gran parte de la información compartida entre las empresas del sector son datos sensibles referidos a elementos de la estructura de precios, a sus componentes, que tienen relevancia en el precio final de venta como son los datos sobre remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios. El intercambio de información individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios elimina la posibilidad de comportamientos imprevisibles por parte los competidores haciendo desvanecer la incertidumbre propia del 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 conocer a las empresas el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016).

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

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



estratégicos y predecir sus estrategias comerciales y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia.

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

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

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

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

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

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



concesionarios independientes (359) y los pertenecientes a marcas que pasaron de 90 a 102 y la rentabilidad de las redes de concesionarios. Se extiende el análisis a la prestación de las actividades y servicios de postventa, que abarca revisiones y reparaciones de vehículos, con referencia a las características de los talleres autorizados, de los talleres independientes y las cadenas de reparación fast-fit determinación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Respecto a la demanda en el mercado, refiere que estaría compuesta por multitud de sectores económicos, destacando el de los particulares, flotas de empresas y las dedicadas al alquiler de coches, para analizar en el ejercicio 2014 los ingresos y ventas de las redes de concesionarios, cifras de crecimiento y la segmentación de la demanda.

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

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

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

La parte recurrente muestra su disconformidad con la sentencia de instancia, que sostiene que la enumeración contenida en la disposición adicional 4.2 de la LDC no es de carácter cerrado, con el argumento de que esa interpretación resultó avalada por la posterior redacción dada a la citada disposición adicional por el Real Decreto-ley 9/2017, y considera la parte que la tesis de la sentencia recurrida y la resolución sancionadora quiebran el principio de irretroactividad de 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.

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

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

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

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

clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

De acuerdo con los anteriores razonamientos, los acuerdos de intercambio de información entre competidores, en extremos relativos a precios y otros aspectos comerciales, con el alcance y contenido que hemos descrito



en apartados anteriores de esta sentencia, constituyen por sí mismos una conducta colusoria tipificada en el artículo 1 LDC, con independencia de su calificación o no como cártel.

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

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

"3. Son infracciones graves:

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

4. Son infracciones muy graves:

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

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

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

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

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

Así resulta de la sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 3253/2014), que consideró aplicable la definición de 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 efecto, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que los intercambios de información que la sentencia impugnada considera acreditados, no pueden calificarse de cártel, de acuerdo con el tipo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que se entenderá por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones, pues estimamos que, en el supuesto enjuiciado, concurren los presupuestos para otorgar tal calificación, ya que la cooperación empresarial se produce entre las principales empresas que operan en el mercado de la peluquería profesional en España, que integran el que denominaron G-8, con el objeto de mantener su privilegiada posición



y restringir la libre competencia en este mercado mediante la celebración de reuniones periódicas en que intercambiaron información de datos sensibles referidos a tarifas y precios de los productos de cuidado del cabello comercializados para su uso en peluquerías y otros aspectos sustanciales -volumen de ventas, descuentos al canal mayorista, comisiones de los representantes de ventas-, que facilitaron el desarrollo de una estrategia de negocio compartida".

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

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

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.

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

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

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

1.- NO HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por "BMW IBERICA, SAU" (BMW)

contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019, en el recurso contencioso número 627/2015).

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

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

Así se acuerda y firma.