

El control del cartel español mayorista de automóviles a la luz del Derecho Europeo y Español

The control of the spanish wholesale automobile cartel in the light of the European and Spanish Law

Yaojiao ZHUO

Universidad Complutense de Madrid

yaojzhuo@hotmail.com

ORCID 0009-0003-5921-5559

Recepción: Noviembre 2024

Aceptación: Diciembre 2024

RESUMEN

En los últimos años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado muchas resoluciones, imponiendo multas de cantidades elevadas a las empresas que concluyeron acuerdos encuadrables dentro del concepto de cartel. En este sentido, es necesario que tengamos una jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo que, concrete sobre el concepto de cártel, aquellas conductas de empresas competidoras dentro del mismo sector que son contrarias al art.1 de la LDC y art.101 del TFUE. El presente Trabajo tiene por objeto, analizar un caso concreto de cártel sobre vehículos, en el que las empresas sancionadas, emplearon estrategias basadas en sistemas y métodos con el fin de no competir y reducir la incertidumbre en el mercado. En este sentido, el trabajo analiza cuáles han sido las razones que el Supremo ha utilizado para confirmar que, tanto la jurisprudencia como la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia examinadas, son legalmente correctas y que los imputados habían violado la Ley.

Palabras clave: Derecho Administrativo, Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, Defensa de la Competencia. Cartel.

Clasificación JEL: K32, K33

ABSTRACT

In recent years, the National Market and Competition Commission has issued many rulings, imposing large fines on companies that have a cartel agreement between them. In this sense, it is necessary that we have a established case-law of the Supreme Court that, specifies on the concept of cartel, those conducts between competing companies within the same sector that are contrary to art.1 of the LDC and art.101 of the TFEU. The purpose of this paper is to analyze a specific case of cartels on vehicles, in which the companies initiated/sanctioned, use strategies based on systems and methods that they organize among themselves, in order not to compete and reduce uncertainty in the market. In this sense, the work analyzes the reasons that the Supreme Court has confirmed that both the case-law and the resolution of the National Market and Competition Commission are in accordance with the law, that the defendants have committed an act in 194raudo f the Law.

Keywords: Administrative law, National Market and Competition Commission, Antitrust. Cartel.

JEL Classification: K32, K33



1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE CÁRTEL

Dentro del Derecho de la competencia caben muchas cuestiones. Aquí nos vamos a centrar en uno muy concreto dado el objeto de este trabajo: el cartel. En este punto delimitaremos su concepto y concretaremos su contenido.

El cartel se refiere al acuerdo entre distintas empresas del mismo sector. Su objetivo es reducir o eliminar la competencia con el fin de obtener unos mayores beneficios y conseguir un poder sobre el mercado. Las empresas pueden buscar el control tanto de la producción como de la distribución. De esta manera, se crea una estructura monopolística en la que los grandes perjudicados son los consumidores.

Entre las características comunes para identificar a un cartel se encuentran: Fijación de precios; División del mercado entre las empresas; Limitación de la oferta de productos. Aunque los defensores del cartel afirman que pretenden estabilizar el mercado, se ha destacado que las consecuencias negativas de un cartel son evidentes. Siempre afectará “negativamente a los clientes de esas empresas”. Estos tienen que hacer frente a precios más altos por los distintos bienes y servicios. De esta manera, las empresas pertenecientes al cartel optan a unos mayores beneficios a costa de los consumidores. Los afectados por un cartel tendrán el derecho a reclamar y recuperar el dinero perdido a causa de la subida de los precios y la limitación de ofertas. En cuanto a otros posibles afectados hay que señalar que, además de los consumidores, otro de los perjudicados en estas situaciones serán los competidores, sobre todo aquellos que tengan intención de entrar en un nuevo mercado. Entre las consecuencias negativas que causan en el mercado podemos señalar las siguientes: Acuerdos sobre los precios finales; Limitación de la capacidad de producción; Fijación de las condiciones del mercado; Disminución de la oferta de productos; Restricción de las actividades en el mercado; Pujas fraudulentas. Estas acciones dificultan gravemente la entrada de nuevos competidores y la consecución de los objetivos de venta por parte de sus miembros. Por tanto, la agrupación de empresas disminuye la competencia y hace que las pertenecientes al cartel se adueñen del mercado”¹.

195

El art.3.3 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen las 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 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en la forma siguiente: *"A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cartel 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 RDL 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 art. 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.

Con esta modificación operada por el RDL 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 art. 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”.

196

Esta definición de cártel esta reiterada, con igual contenido literal, en el Considerando 2º 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. En este sentido, hay que destacar que la jurisprudencia del Supremo² que:

"Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su art. 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 ap. 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 15/20007 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, tema objeto del recurso de casación que analizaremos más tarde, en extremos relativos a precios y otros aspectos comerciales, constituyen por si mismos una conducta colusoria tipificada en el artículo 1 LDC, con independencia de su calificación o no como cártel (REBOLLO PUIG, 2014: 701-780)³.

A estos efectos habrá que también tener en cuenta el concepto de cártel que maneja la CNMC y que es el siguiente⁴:

«la actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos, todas ellas comprendidas en el concepto de cártel».

197

Por tanto, las acciones que supondrían una actividad de cártel por parte de las empresas serían, entre otras:

- Fijación de precios: cualquier acuerdo relacionado con los precios. Acuerdos directos sobre el precio final de venta al consumidor, porcentajes de incrementos de precios, comisiones, suplementos, descuentos, plazos de pagos, acuerdo de respeto de listas de precios...;
- Fijación de condiciones de mercado como la coordinación del comportamiento de los competidores con relación a las otras empresas con el fin de maximizar beneficios;
- Reparto de mercados: cada operador del mercado se reparte una zona geográfica en la que no pueden intervenir los demás, convirtiéndose en un monopolio de ese determinado territorio...etc.
- Fijación de ventas: fijar la cantidad de producción y limitar las ventas favorece a las empresas para poner un precio más elevado. Intercambios de información sobre precios a aplicar e intercambios de información sobre cantidades proyectadas; cualquier tipo de intercambio de información con la competencia con el objetivo de eliminar la competencia del sector a través de la cooperación entre empresas.

Es esta última cuestión la que nos interesa aquí y que vamos a analizar en el caso objeto del litigio.

2.EL CÁRTEL MAYORISTA DE FABRICANTES DE COCHES

2.1. Los hechos que dieron lugar al litigio.

El núcleo central del presente trabajo consiste en analizar un caso importante sobre el cártel de vehículos que se sancionó en 2015. La CNMC⁵, como Administración independiente (FERNÁNDEZ FARRERES, 2022: p.230)⁶, multó a 22 empresas por la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE). Pese a la aparente lejanía de los hechos, al pasar ya casi una década, lo cierto es que el tema sigue teniendo actualidad porque, como veremos más abajo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado no hace mucho sobre este asunto que nos sirve además como ejemplo paradigmático del ejercicio de las potestades sancionadoras de la CNMC en el ámbito de los cárteles y de la influencia del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) en nuestro ordenamiento.

El cártel que agrupó a las principales marcas de fabricantes de coches intercambió de forma sistemática información confidencial y comercialmente sensible con un gran nivel de detalle. Esta información abarcaba casi todas las actividades realizadas por la red de distribución y postventa de las compañías: venta de vehículos nuevos y usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales.

Las prácticas llevadas a cabo por el cártel hicieron que disminuyera la competencia entre los distintos fabricantes de coches. Esto se tradujo en políticas comerciales menos agresivas y en un menor esfuerzo a la hora de distinguirse de las otras empresas, por ejemplo, proporcionando a sus clientes servicios de más calidad. Para los consumidores, supuso, entre otros, disfrutar de menores descuentos a la hora de comprar un coche nuevo y/o utilizar los servicios de postventa, reparación o mantenimiento.

En junio de 2013 la Dirección de Competencia de la CNMC (en lo sucesivo DC) inició un expediente tras presentar SEAT, S.A. una solicitud de clemencia (solicitud de exención del pago de la multa) en la que informaba de su participación en un cártel, aportando pruebas de su posible existencia. Esta información permitió realizar inspecciones en las sedes de la empresa consultora ANT SERVICIALIDAD, S.L., de los concesionarios de automóviles CARHAUS, S.L., M. CONDE, S.A. y SAFAMOTOR, S.A., y de dos asociaciones del sector, así como en las sedes de los fabricantes de automóvil RENAULT, NISSAN y TOYOTA y de la consultora SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS. A raíz de las inspecciones se constató la existencia de acuerdos entre concesionarios de automóviles de distintas marcas; en concreto, se obtuvieron pruebas de que diferentes concesionarios de una misma marca se ponían de acuerdo para la fijación de precios, descuentos máximos y otras condiciones comerciales, así como para intercambiar información sensible en el mercado de distribución de automóviles, con la colaboración de las asociaciones de las marcas afectadas.



Teniendo en cuenta la información que obraba en el expediente facilitada por SEAT, S.A., obtenida por la DC en las inspecciones realizadas los días 23 a 26 de julio de 2013 en las sedes de las empresas NISSAN, RENAULT, SNAP-ON y TOYOTA, y aportada en las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información que se les formularon, se consideraron acreditados por la DC los hechos que el órgano instructor expuso en el expediente y que se concretaron en:

1º) Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras⁷.

2º) Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013. En tales intercambios de información habrían participado diecisiete empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto⁸.

3º) Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final y programas de fidelización de clientes. Estas políticas fueron adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas “Jornadas de Constructores”, en los que habrían participado catorce empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información⁹.

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

Todo ello formaba parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumían múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando catorce del total de las marcas incoadas¹⁰.

La CNMC diferenció una serie de hechos acreditados comunes a las tres tipologías de foros de intercambios de información. Respecto del origen del intercambio de

información, los primeros contactos que la DC consideró acreditados entre las marcas para la fijación de criterios de gestión de las Redes de Concesionarios y el intercambio de información de gestión empresarial relativa a la venta y posventa de automóviles, se realizaron en 2004 en el marco del denominado “club de socios” o “club de marcas”¹¹. Las incorporaciones de nuevas empresas al club exigían el respaldo o invitación de alguno de los socios tradicionales del “club de marcas”, consolidándose con el paso del tiempo como un círculo de confianza en el que cada una de las marcas aportaba, compartía e intercambiaba sus datos económicos confidenciales y políticas comerciales futuras para la venta y posventa a través de sus redes de concesionarios.

Los miembros del cártel intercambiaban la información confidencial bajo un criterio “*quid pro quo*”, recibiendo la información confidencial a cambio de aportar la propia con la calidad y prontitud exigida. En ocasiones esto generó inquietudes entre los miembros del cártel ante el retraso en proporcionar la información, el eventual incumplimiento por alguno de ellos o la mala calidad e inconsistencia de la información compartida. La necesidad de que la información compartida lo fuera por parte de todos los partícipes, con la calidad y periodicidad acordada y en términos comparables justifica la existencia de una estructura común de tal información¹².

200

Quedó acreditado por la información disponible en el expediente que esta modalidad de intercambio de información se mantuvo, al menos, hasta agosto de 2013. No obstante, algunas de las marcas habían puesto fin a su participación en dicho intercambio de información con anterioridad¹³.

En relación con los hechos relativos a los intercambios de información de marketing, la documentación recabada por el órgano instructor, permitió acreditar que las marcas intercambiaron información confidencial con ocasión de las reuniones de los responsables de Marketing de Posventa, denominadas “Jornadas de Constructores”, desde abril de 2010 hasta marzo de 2011. Estaban acreditadas la realización de tres reuniones entre los directivos de los departamentos de Marketing de AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, OPEL, HYUNDAI, LEXUS, MAZDA, NISSAN, PEUGEOT, RENAULT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW y VOLVO, en las que dichas empresas intercambiaron información relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa, evolución de la cifra de negocio, campañas de marketing posventa al cliente final, programas de fidelización, políticas en relación con el canal venta externa y las mejores prácticas a adoptar. Esta información incluyó aspectos futuros de su estrategia comercial, como los programas para fomentar la venta de neumáticos, relativos al seguro y/o garantía de los neumáticos, para fidelizar o recuperar clientes, con contratos de mantenimiento o reparación, herramientas tecnológicas para la gestión online con las compañías de seguros, programas de carrocería y pintura y programas comerciales sobre la gestión de los coches de sustitución.



Finalizada la instrucción del expediente, la DC entendió acreditada la existencia de acuerdos adoptados e implementados por las empresas incoadas para:

“intercambiar información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución y los servicios de postventa de vehículos de las marcas participantes. [...] los intercambios de información entre las marcas afectaron a las decisiones estratégicas de éstas con respecto a la organización de su actividad comercial y de servicio postventa, incluyendo los planes y acciones comerciales presentes y futuros respecto a la venta y los servicios de posventa por sus redes de distribución de concesionarios y talleres oficiales y las políticas retributivas a dicha red, con efecto directo en la fijación del precio final del automóvil. Dichos intercambios suprimieron la incertidumbre existente en el mercado, eliminando los riesgos derivados de la gestión de las redes de distribución selectiva de cada una de las marcas imputadas con respecto a las actividades de venta y postventa, sobre todo respecto a la postventa en un período de fuerte caída de la demanda de automóviles y de exceso de oferta por parte de las redes de distribución de cada una de las marcas”.

Ante todas estas evidencias y a raíz de las pruebas obtenidas en dichas inspecciones, el 30 de agosto de 2013, de conformidad con el art. 49.1 de la LDC, se acordó la incoación del expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles, contra las empresas presuntamente implicadas por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el art. 1 de la LDC, consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de vehículos de motor en España.

201

De este modo se inició la investigación formal de los hechos denunciados con el objeto de esclarecer los mismos y analizar si suponían una infracción de la legislación de competencia. Asimismo, a lo largo de la instrucción evidenció la existencia de un acuerdo secreto entre las principales marcas de automóviles comercializadas en España, en virtud del cual éstas se intercambiaban información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, y altamente desagregada, en ejecución de un “plan preconcebido”. Los intercambios de información se estructuraron en tres ámbitos o foros: Gestión empresarial relativa a la distribución y postventa de vehículos- denominado “*Club de Marcas*”- que contó con la colaboración de la consultora SNAP-ON “*Programa de Intercambio de información de indicadores de postventa*”, con la colaboración de la consultora URBAN SCIENCE, y el relativo a las políticas comerciales futuras “*Foros de Directores de Postventa*” y a la información del marketing de postventa en las denominadas “*Jornadas de Constructores*”. La CNMC consideró que como consecuencia de la información intercambiada, las empresas partícipes conocían las principales cifras y resultados económicos de sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa de vehículos (taller y venta de recambios), ocasionando una disminución de la competencia efectiva en el mercado, que afectó al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otros con unos servicios de más calidad.

Como consecuencia de lo anterior, el 23 de julio de 2015 la CNMC sancionó a las principales empresas automovilísticas de nuestro país con multas millonarias a veintiuna empresas presentes en el mercado, así como a dos empresas consultoras. Las sanciones se basaron en la infracción el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. La CNMC dictó en 2015 un total de catorce resoluciones contra empresas acusadas formalmente de formar un cártel, lo que suponía un acuerdo secreto para no competir. Dichos acuerdos consistieron en fijar precios, repartirse el mercado, intercambiar información comercialmente sensible y otras formas de no competir. El monto total de sanciones impuestas a los cárteles descubiertos fue de 492,5 millones de euros.

2.2. La Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015.

La CNMC va a dictar el 23 de julio de 2015, una Resolución contundente contra las empresas implicadas en el cártel litigioso. Su texto es bastante amplio y aborda con detalle todos los aspectos del problema¹⁴.

2.2.1. Razón de la CNMC sobre la calificación de la conducta como infracción por objeto constitutiva de cártel.

Destacaba la CNMC que, “si bien es habitual que las partes de un acuerdo de intercambio de información estratégica y sensible se conduzcan con discreción, la Sala de Competencia entendió que el expediente reunía elementos probatorios e indiciarios suficientes de que, mediante una conducta coordinada entre empresas competidoras, se había 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”. Tras recordar el carácter estratégico, desagregado y actual de la información puesta en común, a la CNMC le pareció incuestionable que, un intercambio de esas características era 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. Además, reducía la independencia de la conducta entre las marcas partícipes en el mismo y disminuía los incentivos para competir. Esta institución tuvo en cuenta los siguientes elementos que, tomados en su conjunto, confirmaban la calificación de la conducta como infracción muy grave constitutiva de cártel: a) La regularidad y estabilidad de las reuniones; b) la organización y convocatoria de las mismas, en una primera fase por los partícipes, mediante empresas consultoras en una fase posterior; c) el rango de responsabilidad de los asistentes a las reuniones; el conocimiento acreditado por parte de la alta dirección de las empresas y d) su carácter secreto, coincidiendo con la apreciación del órgano instructor.

Según la CNMC, las tipologías de intercambios de información analizadas en el expediente se caracterizaban por constituir un “*sistema cerrado*”, es decir, basado en reglas de reciprocidad y que permitían el acceso a la información sólo a las empresas que



pactaban su intercambio. Además, el sistema era 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 coincidía con la apreciación del órgano de instrucción de que la conducta de intercambio contenía los elementos que permitían calificarla como secreta. Frente a lo señalado por las marcas y las propias URBAN y SNAP-ON, aquellos 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 decir, los documentos de confidencialidad manejados por las empresas imputadas eran para que esos datos no fueran difundidos a terceros. También consideró 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, distorsionaba 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”¹⁵.

Finalmente, la institución citada apuntó que 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, fue sintetizada por una reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2015 ¹⁶. Así, de acuerdo con lo ya señalado, para la CNMC “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”.

203

2.2.2. Sobre el carácter único y continuado de la infracción.

Explica la CNMC que, como es sabido, son elementos para apreciar la existencia de una infracción única y continuada, la identidad de los objetivos de las prácticas infractoras, de los productos o servicios afectados, de las empresas participantes en la infracción y de las formas o métodos de desarrollo de la conducta (CANO CAMPOS, 2006)¹⁷. La CNMC no pudo compartir la alegación común a las marcas, y apreció la existencia de una continuidad en la infracción, dado que de los hechos acreditados se desprendía que existía un claro propósito inicial y renovado de intercambiar periódicamente información comercial sensible con el objeto de restringir y falsear la competencia en el mercado”. Añade que el hecho de que los intercambios de información se hubieran realizado en el marco de foros distintos (Club de Marcas, Foro de Directores de Posventa y Jornadas de Constructores) no impedía apreciar la unidad de la infracción, puesto que había quedado acreditado que tales intercambios de información estratégica relativos a cifras, márgenes y resultados de las redes de concesionarios de las marcas y actividades de posventa, se realizaron en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión,

utilizando con la misma finalidad infractora similares métodos, constituyendo una vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE”. Del total de veinticuatro marcas sobre las que el órgano instructor mantuvo su imputación, 14 habían participado en los tres esquemas o foros de intercambio de información¹⁸, siete en dos de los tres¹⁹ y cuatro de las incoadas, en uno de los foros²⁰. Tal diferenciación en la participación, así como las fechas individualizadas de inicio y finalización de la conducta, en los casos en los que no eran coincidentes, debía tener su concreción en la delimitación de la responsabilidad de cada una de las incoadas, pero no afectaba al carácter continuado y único de la infracción.

Hay que advertir que la Autoridad de Competencia española ya tuvo oportunidad de precisar que la identidad de sujetos infractores no quedaba, evidentemente, desvirtuada por el hecho de que algunos de ellos se hubiesen incorporado a la práctica con carácter sucesivo o posterior²¹. Subrayó que, igualmente, el que algunas de las empresas partícipes en la práctica abandonen el cártel en distintas fechas con anterioridad al fin del mismo, no impedía la calificación de la infracción como única y continuada. Es más, cuanto mayor es la duración de la conducta, caso frecuente en los cárteles, mayores eran las posibilidades de que sus integrantes entren o salgan del mismo. De hecho, “es frecuente que la información intercambiada se vaya haciendo cada vez más amplia, detallada y completa, así como que se sofisticuen los mecanismos de ocultación del intercambio de información, a medida que la práctica se va extendiendo en el tiempo”²².

Un examen global del conjunto de los hechos acreditados ponía de manifiesto claramente que los intercambios de información se realizaron no como conductas autónomas sino de forma conectada entre sí, en términos de objetivos, partícipes, métodos y operativa empleada, al objeto común de eliminar la incertidumbre con respecto a resultados, actuaciones y estrategia de la política comercial y de posventa de las marcas participantes en el cártel. Por lo expuesto, la CNMC entendió que había quedado suficientemente acreditado el carácter único y continuado de la infracción constituida por el intercambio de información realizado a través de los tres esquemas de intercambio reseñados, cada uno de los cuales estaba destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y que contribuyeron, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por las marcas partícipes, con la colaboración de las dos consultoras incoadas, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único.

2.2.3. Razones que justifica la CNMC sobre la colaboración de las dos consultoras en el presente cártel.

En primer lugar, ambas empresas consultoras negaron en sus alegaciones que sus servicios respecto de las marcas incoadas pudiesen ser calificados como de colaboración



en un cártel. SNAP- ON definía sus servicios como de pura secretaría (convocatoria de reuniones, reservas de hotel, invitación a ponentes externos) y por tanto como intrascendentes y meramente accesorios y tangenciales. En cuanto a URBAN, además de negar que su conducta excediese de la estricta prestación de servicios de lícito “benchmarking”²³, alegó que no se cumplían los requisitos establecidos por la jurisprudencia europea para considerar que una empresa, no activa en el mercado afectado, había participado en la infracción. Sin embargo, la CMNC estimó²⁴ que SNAP- ON y URBAN, a pesar de ser entidades ajenas al mercado afectado, han participado activamente en la infracción recabando y facilitando el intercambio de información estratégica entre las restantes empresas incoadas. Su labor de facilitación de la información había contribuido al mantenimiento del cártel y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado. Por tanto, ambas consultoras debían ser consideradas coautoras de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en el expediente.

El estratégico papel jugado por las empresas de consultoría como intermediarias en el intercambio de información constituye un claro valor añadido para la efectividad del intercambio, además de un elemento característico de este tipo de conductas, que no resulta novedoso para la autoridad de competencia. Este tipo de mecanismos de intercambio de información a través de empresas de estudios económicos o consultoras son habituales en el desenvolvimiento práctico de los cárteles. En este sentido, la autoridad de competencia ha venido sancionando prácticas similares de cooperación llevadas a cabo por asociaciones empresariales o a empresas ajenas al mercado afectado en su labor de organizadoras y facilitadoras de la conducta prohibida. La CNMC concluyó que de los hechos acreditados se puso de manifiesto con claridad el activo papel jugado por SNAP-ON en los intercambios de información confidencial, futura y estratégica en el área de Gestión Empresarial, y, en el caso de URBAN, en el área de Posventa, contribuyendo ambas empresas activamente al mantenimiento de este cártel. Por último, constaba en el expediente sugerencia de SNAP-ON de modificar el nombre de la reunión “para que no sea tan evidente”, así como la oferta de alternativas para que las marcas reacias a remitir o recibir la información por correo la remitiesen por teléfono y se les hiciese llegar por otras vías. Esa posición es plenamente coincidente con lo establecido en casos análogos resueltos el ámbito comunitario²⁵.

Si bien las consultoras no eran operadores en los mercados afectados, habían desempeñado un papel colaborador estratégico para el desarrollo de la infracción, ocupando una posición privilegiada que les obligaba razonablemente a conocer el carácter ilícito de los intercambios de información confidencial, sensible y futura entre empresas competidoras a los que activamente colaboraban. Las evidencias recabadas en el expediente acreditaban sobradamente el papel directo y activo desempeñado tanto por SNAP-ON como URBAN en el cártel, facilitando los intercambios de información analizados²⁶.

En cuanto a la gratuidad de los servicios que alegaba SNAP-ON, la CNMC consideró también que podía darse a esa gratuidad el sentido de evitar que, en caso contrario, las correspondientes facturas a las marcas constituyeran un indicio o rastro de la puesta en práctica del cártel. Sobre la alegación de SNAP-ON que no pudo ser considerado autor de una práctica restrictiva de cártel, con apoyo en las conclusiones presentadas por el Abogado General el 21 de mayo de 2015 en el asunto C-194/14 AP AC Treuhand AG, señaló la CNMC que en este supuesto había quedado acreditado que SNAP-ON prestó al cártel unos servicios que excedían de la mera secretaría del mismo. Asimismo, las conclusiones citadas no estaban respaldadas por la correspondiente sentencia del TJUE, constituyendo por el contrario una interpretación opuesta a la mantenida tanto por la Comisión Europea como por el Tribunal General²⁷. Finalmente, la CNMC concluyó que la participación de SNAP-ON en el cártel se correspondía con la organización y funcionamiento de los intercambios de información realizados en el ámbito del Club de Marcas, desde noviembre de 2009 a julio de 2013. La participación de URBAN se vinculaba a la organización y funcionamiento de los intercambios de información realizados en el ámbito del Foro Posventa desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013.

206

2.2.4. Sobre los efectos anticompetitivos de la conducta.

Señaló la CNMC que, en la valoración de conductas colusorias, dado su especial potencial de distorsión de la competencia, no se exigía la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto. A los efectos de valorar las conductas previstas en el art. 1 de la LDC, lo relevante es la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia, dado que el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga o no éxito la misma²⁸.

Los imputados alegaron la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, pero la CNMC estimó que no resultaba pertinente, dado que el supuesto de hecho que enjuiciaba no era análogo a los hechos aquí analizados (cartel sobre los vehículos)²⁹.

Según la CNMC la experiencia mostraba que esos comportamientos daban lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducían a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores. La CNMC coincidía con la DC en la consideración de que la conducta que se imputaba a las marcas y empresas consultoras facilitadoras era concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribía, para restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado de la distribución mayorista de automóviles. Estimaba que lo relevante para concluir el carácter anticompetitivo del intercambio de información era la concurrencia de tres elementos cumulativos: la constatación de que tal conducta crea una artificial transparencia del mercado, que la información queda limitada a las partes y, finalmente, que la misma es idónea para afectar a su conducta competitiva. En el presente caso la CNMC coincidía plenamente con la DC en la apreciación de que el intercambio de



información sensible había tenido lugar y había permitido disminuir la rivalidad entre las marcas que acordaron dichos intercambios.

Frente a la alegación común de muchas de las incoadas relativa a la falta de análisis económico suficiente por parte de la DC para justificar sus conclusiones sobre los efectos del intercambio de información y su carácter restrictivo de la competencia, la CNMC consideró acreditado que los intercambios de información objeto del expediente, por su propia naturaleza y a la vista de las circunstancias en las que se produjeron, redujeron o incluso eliminaron la incertidumbre sobre variables estratégicas y generaban e incrementaban la probabilidad de que las empresas partícipes alineasen sus estrategias comerciales, en lugar de competir en el mercado³⁰.

2.2.5. Afectación restrictiva de la competencia.

La CNMC señaló que las conductas llevadas a cabo por las partes, además de constituir una restricción sensible del juego de la competencia, y tener un objeto contrario a la competencia, causaron una afectación restrictiva de la misma. Conforme a la información disponible en el expediente, concluyó la concurrencia de efectos contrarios a la competencia de la conducta infractora que, habiéndose producido en el mercado de distribución mayorista de vehículos por las principales marcas presentes en el mismo, disminuyeron la rivalidad entre las empresas partícipes en dichos intercambios, y se concretaron asimismo en el mercado de distribución minorista vinculado, operado por los concesionarios. Los intercambios producidos incluyeron la comunicación a las competidoras de los planes y acciones comerciales presentes y futuros de las marcas participantes respecto a la venta y posventa a través de sus redes de concesionarios y talleres oficiales, así como las políticas retributivas a dicha red de distribución, con efecto en la homogeneización y fijación de las condiciones y planes comerciales presentes y futuros de las marcas de automóviles imputadas. Los intercambios desvelaron información confidencial y estratégica sobre la organización de las respectivas redes comerciales de las marcas, datos fundamentales para diferenciarse de sus competidores y rivalizar efectivamente en el mercado de distribución, con el consiguiente perjuicio para la competencia. Respecto de los intercambios de información de los indicadores de posventa, aunque las marcas no competían entre sí directamente en el mercado de posventa, existía competencia entre los servicios oficiales de cada marca (competencia intramarca) y entre estos y los servicios posventa prestados por operadores independientes.

Existía además una conexión directa entre las decisiones de compra de un vehículo y las condiciones de los servicios de posventa. Ello hacía que lo acordado en el marco de la posventa tuviese un efecto directo sobre el grado de competencia de las marcas en el mercado de distribución mayorista de vehículos. La única explicación plausible era que precisamente a través del intercambio de información se procurara la reducción de la incertidumbre mediante la atenuación de las diferencias de estrategia entre unas marcas y otras en el mercado de posventa. La CNMC coincidía con la DC en que los intercambios

de información comercialmente sensible lo eran respecto de variables fundamentales para la definición y adopción de la estrategia competitiva de cada una de las marcas frente al resto, y por tanto deberían haber sido estrictamente confidenciales. Además, frente a lo alegado por alguna de las incoadas, que lejos de generar efectos procompetitivos, el cártel de intercambio de información tenía como objeto de beneficiar exclusivamente a las marcas partícipes, en detrimento de los clientes y consumidores y de otros competidores que no participaron en el intercambio de información secreta y estratégica.

3. LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

3.1. Introducción.

Como bien indica, el 11.1. letra h de la LGUM, *“la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:”* h) *“De los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado”*. Con esta base jurídica, las empresas multadas deciden iniciar el camino del Contencioso-administrativo que pasaba inexorablemente por la Audiencia Nacional. En las sentencias dictadas “entre el 19 y el 27 de diciembre de 2019, esta última emitió un total de dieciocho fallos. Con ellos ha resuelto todos los recursos que las empresas del cártel interpusieron contra la Resolución de la CNMC y ha validado las multas que se impusieron a los fabricantes de automóviles, a excepción de la sentencia de 23 de diciembre de 2019 relativa a Mazda Automóviles, y cuyo sentido fue estimatorio³¹. Como sabemos, las sentencias de la Audiencia Nacional son susceptibles de ser recurridas por las empresas mediante un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Bouazza Ariño, 2021). Así ocurrió en este caso pronunciándose el Supremo en su de 1 de diciembre de 2021, que paso a desgranar en las líneas siguientes³².

3.2. El intercambio de información como práctica calificable dentro del concepto de cártel.

En este pleito ante el Supremo las recurrentes consideraron que el concepto de cártel en el ámbito mercantil comprendería “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”*.

Como habíamos explicado en el apartado de la definición del cártel, su definición está consagrada en una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. En todo caso, había comentado el Tribunal Supremo que, *“5.- Sin perjuicio de lo que se acaba de expresar, cabe recordar, como señala la sentencia impugnada, que 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 cartel 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 por la sentencia de instancia de que la disposición adicional 4.2 LDC no emplea un sistema de lista cerrada en la definición de cartel."

El Tribunal Supremo aprovecha para concebir el concepto de cartel como un “*númerus apertus*”, pues no constituye una lista cerrada. Así destaca que “*En este sentido, estimamos que la definición de cartel introducida en la LDC por el RDL 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 cartel con la introducción de la expresión "...mediante prácticas tales como, entre otras..."*, lo que despeja cualquier duda de que debe calificarse como cartel una conducta de intercambio entre competidores de información comercial confidencial referente a los precios, como la examinada en este recurso”. Asimismo, apunta que “*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 cartel que impidiera la calificación como cartel de prácticas colusorias como la de intercambio de información de determinadas características entre competidores*”³³.

209

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 art. 1 en relación con el art. 62.4 LDC, y tiene encaje en la definición de cartel 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 RDL 9/2017.

Explicado lo anterior, entendemos, en primer lugar, que la lista que está prevista en la Ley no es cerrada y, en segundo lugar, ese intercambio de información no tiene por qué ser de cantidades o precios, sino que si provoca la disminución de incertidumbre en el mercado, eso es una conducta colusoria, y se considera como cartel.

3.3. La consideración de la jurisprudencia del TJUE.

En relación con la calificación de la conducta como restricción por objeto, tanto las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 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 (González Saquero, 2014: pp.1-20)³⁴.

Efectivamente, el TJUE se pronuncia claramente sobre esta materia en su sentencia de 4 de junio de 2009 T-Mobile Netherlands³⁵: *“(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.”*

En la jurisprudencia del Supremo en materia de intercambio de información entre competidores, de la que es exponente la Sentencia 1359/2018, de 25 de julio de 2018, también se recuerda 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 entiende³⁶ 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. Señala el TJUE en su jurisprudencia que *“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”*³⁷.



De este modo, la jurisprudencia comunitaria 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 mercado³⁸, produciendo así un resultado colusorio.

3.4. La diferencia entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto".

Entendemos que el debate en este recurso, según se acaba de exponer, gira específicamente en torno a si el intercambio de información entre empresas competidoras puede ser calificada como una infracción por objeto, y en particular, como un cártel, como se considera por la CNMC -y lo confirma la Audiencia Nacional³⁹.

Debe partirse de que la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio art. 1 LDC -así como del art. 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 [...]"*. Por tanto, es conveniente, acudir a las jurisprudencias tanto comunitarias como nacionales, para conocer sobre este tipo de cuestión. 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 nuestro Tribunal Supremo. Desde la perspectiva comunitaria⁴⁰, la sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008⁴¹ 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 mercado⁴².

211

También, 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 prácticas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma:

*"Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 TCE, 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"*⁴³.

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 competencia⁴⁴. Así, la STJUE de 13 de diciembre de 2012⁴⁵ afirma que "el Tribunal de

Justicia ha declarado 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 competencia⁴⁶. Los acuerdos con objeto contrario a la competencia son *per se* perjudiciales para el mercado y difícilmente pueden ser considerados como infracciones de "escasa importancia". Esta diferencia en materia de prueba reside en el hecho de que determinadas formas de restricción de la competencia, siendo estas por el objeto, pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁴⁷.

Y en este mismo sentido, la STS 9 de diciembre de 2015, sostuvo que: *"Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que la prohibición de prácticas colusorias comprende únicamente las restricciones sensibles de la competencia"*⁴⁸. Y esta apreciación se realiza tanto respecto de los acuerdos entre empresas con "objeto" contrario a la competencia como respecto de aquéllos con "efectos" contrarios a la competencia⁴⁹. Por último, el TJUE, en la sentencia de 20 de enero de 2016 (asunto C-373-149), dice que: *"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"*⁵⁰.

212

Dicho en otras palabras, el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia. En la sentencia n° 1375/2018, de 17 de septiembre (núm. casación 2452/2017, F.J. 9º) se transcriben diversos párrafos de la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11) en los que, de manera clara y concisa, se sintetiza la jurisprudencia del TJUE sobre la distinción entre las infracciones *por objeto* y *por efecto*⁵¹.

En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017⁵², y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018⁵³. Para concluir cabe citar la reciente Sentencia n° 356/2021, de 9 de marzo de 2021 (RC 3405/2020)", declara que: 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 el Supremo en ocasiones anteriores. Sirva de muestra la sentencia n° 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017) de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora los siguientes fragmentos":

[...] (...) la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11 , apart. 35) "la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de



colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018, (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78) ”⁵⁴.

También en la 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 jurisprudencia⁵⁵, 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"*.

Igualmente, la STS nº 331/2018, de 1 de marzo expone que, *"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"*.

213

Por último, cabe traer a colación la conclusión del F.J. 4º de la sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), donde se dice que: *"...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"*⁵⁶.

De estas jurisprudencias 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. Tampoco es posible alcanzar una conclusión contraria, con base a las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE en los acuerdos de cooperación horizontal⁵⁷. El Tribunal de instancia razona al respecto que, conforme a dichas Directrices, la transferencia de información relativas a las intenciones individuales de las empresas sobre su conducta futura en cuanto a los precios debe ser considerada como una restricción de la

competencia por el objeto, pero, de conformidad con el apartado 75 de las Directrices, interpreta que la prohibición y la sanción que nos ocupa requiere, en todo caso, que se pueda constatar una afectación en el mercado.

Si bien la referencia que el tribunal de instancia realiza al apartado 75 de las Directrices Horizontales no puede convertirse en un argumento que apoye su tesis, pues las consideraciones realizadas en dicho apartado aparecen referidas a los intercambios de información prohibidos en razón de sus efectos. El intercambio de información por el objeto se menciona en el apartado 74, en el que se afirma, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE existente, que "Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1". Por ello en este tipo de infracciones por el objeto no se constituye un argumento válido para excluir la antijuricidad de la conducta el que no hay tenido efectos sobre el mercado por tratarse de una conducta aislada que no se repitió en otras licitaciones y que SECE había continuado ganando la licitación, si se depurase los efectos de la colusión⁵⁸.

214

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. 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.

De esta manera, tanto las jurisprudencias comunitarias como las nacionales, siguen el mismo criterio de considerar, en que consiste una infracción por objeto en materia de defensa de competencia.



3.5. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el caso.

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

El Supremo señala que, con base en la “jurisprudencia del TJUE sobre las restricciones por objeto, en la invocada Sentencia de 20 de Abril de 2020, *Budapest Bank* que completa la precedente de 11 de septiembre de 2011, *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" procede comprobar 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. Además, el Supremo hace suyos los argumentos desarrollados por la CNMC en el FJ 4º de su resolución donde apreció la existencia de una infracción por objeto, (práctica concertada). Igualmente recuerda su doctrina contenida en anteriores pronunciamientos como la STS de 8 de junio de 2015 y la de 17 de junio de 2015. 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. Por tanto, 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 (SAINZ MORENO, 1976).

215

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. El Tribunal Supremo también se hace eco de 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. Todo ello, en su opinión, refrenda “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”.

A la vista de esto, el Supremo explica lo siguiente:

“Como se expone en la resolución sancionadora se trata de intercambios de información comercialmente sensible que tenía lugar en tres tipologías de foros de intercambio: 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 el año 2010, se crea un programa de intercambio de información de indicadores de postventa y el denominado Foro de Directores de Postventa, con intercambio de información periódica que se facilitaba empleando una "plantilla modelo postventa intermarcas" que facilita la recogida de datos y 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 desglosada por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios), b) 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 cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, verificación de objetivos y financiación de vehículos adquiridos por los concesionarios, c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de las redes, d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de postventa, 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 desglosadas por modelos de automóviles... Los intercambios consisten en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos, importes de beneficios respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa), datos actuales que se transmiten una vez obtenidos, de forma confidencial y secreta (con identificación por dígitos y de forma oculta), facilitados con carácter periódico (con carácter semestral o la remisión mensual, trimestral o anual en función del informe a elaborar por Urban), siendo, en suma, información comercial sensible y apta para reducir la incertidumbre en el proceso de determinación de los precios y en la conducta futura de las competidoras, que afecta gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado. Vemos así que gran parte de la información compartida entre las empresas del automóvil se refiere a la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios, que incorpora datos relativos a elementos y variables de los precios con influencia en el precio final de venta. No debe olvidarse que la información no pública referida a los márgenes comerciales con los que se opera sirve para conformar el precio final. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (cumplimiento de objetivos, rappel de regularidad, etc.), integra el precio y se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios de automóviles. De modo que el intercambio de



información sobre dichos márgenes permite a las empresas conocer el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así 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... En fin, el tipo de información intercambiada individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios, permite conocer las estrategias comerciales mutuas de las marcas y las condiciones de las redes de distribución relevante para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre y facilitar el alineamiento. El intercambio hizo posible el conocimiento de elementos fundamentales en la definición de la estrategia competitiva de las marcas y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia".

Los recurrentes también esgrimieron el argumento de que los acuerdos de intercambio de información tenían un carácter procompetitivo, en este sentido, argumentaron que el intercambio de información obedecía 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 afirmaba 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.

El Supremo explica que: *"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 y ganancias de eficiencias, si bien sucede que la alegada finalidad no ha resultado justificada y sí la restricción de la competencia, como se declara expresamente en el FJ 9º de 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 la recurrente- 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, el Supremo aborda el tema del 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 la recurrente, que entiende 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*. A este respecto el Supremo puntualiza lo siguiente:

“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 y determinación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Respecto a la demanda en el mercado, refiere que está 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, así como de la estructura y condiciones

reales de funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico- con exposición de la oferta y la demanda. En la propia resolución sancionadora se incorpora un análisis suficiente elaborado por la CNMC, que permite deducir junto a los demás factores considerados el carácter nocivo del intercambio de información entre competidores. 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 resultan incompatibles con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real. Puede afirmarse que el acuerdo de intercambio de información entre competidores instauró un sistema de conocimiento mutuo y recíproco de las condiciones comerciales con la finalidad de restringir la competencia, acuerdo 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 la competencia en el mercado”.

Por todo ello, el Supremo concluye que a la vista de las características concurrentes en los intercambios de información a que se refiere este recurso, considera que la sentencia impugnada ha aplicado los criterios jurisprudenciales del TJUE, sin que se generen dudas sobre la calificación de la infracción por objeto, de conformidad con los razonamientos antes expuestos. Por tanto, 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.

219

4. CONCLUSIONES

El presente caso nos introduce dentro del complejo mundo de los cárteles que se forman en los mercados oligopolistas que afectan a determinados sectores económicos de gran relevancia y sometidos a una inevitable intervención o vigilancia por parte de los poderes públicos. Es cierto que la competencia en unos mercados liberalizados se ha visto por muchos como una panacea o solución a todos los problemas. Piénsese ahora el caso argentino, aunque la idea es bien antigua y ya nos viene de la famosa “mano invisible” de Adam Smith (Caballero Sánchez, 2011: pp.39-70)⁵⁹. Pero este caso demuestra una vez más que, aunque la competencia en el mercado es ciertamente lo ideal, luego la realidad es muy otra. Cuando nos enfrentamos a un oligopolio, como nos ha explicado la doctrina más autorizada, “hay un pequeño número de empresas, que producen un bien muy parecido, los rivales pronto se dan cuenta de que <<las demás cosas (sobre todo, los precios de las demás empresas) no son iguales>>”.

En ese caso, pueden tratar de buscar la solución de la cooperación u *oligopolio colusorio*” (Samuelson y Nordhaus, 1987: “Economía”, pp. 644 y 645)⁶⁰. En este contexto las autoridades administrativas de vigilancia del mercado están legitimadas para actuar en defensa de la competencia, principio de carácter fundamental para que sea efectiva la

economía de mercado de la que habla el artículo 38 de nuestra CE (Coscolluela Montaner, 2003: pp.109-138), la cual no puede funcionar si no existe una real y leal competencia entre las empresas que concurren en ese mercado. Pero ese poder de vigilancia, que es expresión de las potestades administrativas, puede, obviamente, degenerar en arbitrariedad, de ahí la necesidad de que exista un adecuado control judicial (Santamaría Pastor, 2011: pp.23-38)⁶¹.

Ahora bien, el concepto de cartel demuestra que la discrecionalidad administrativa y la polémica jurídica que ella siempre conlleva es inevitable. El problema se agrava y la polémica es inevitable al aparecer en escena el Derecho administrativo sancionador, máxime cuando las sanciones son contundentes y el principio de tipicidad se puede poner en cuestión (Nieto, 2002): pp.287-335)⁶². Justamente este problema acaba de ser denunciado recientemente por Guillén Caramés en el ámbito de las prácticas colusorias que estamos estudiando aquí al hilo de la figura del denominado facilitador (Guillén Caramés, 2023: pp.853 a 884). Este autor pone de relieve que “no parece que la legislación de defensa de la competencia siga estos parámetros de certeza y certidumbre a la hora de delimitar quiénes pueden ser considerados autores de una infracción anticompetitiva puesto que, como ya he señalado con anterioridad los arts. 101 y 102 TFUE y 1 a 3 de la LDC, configuran tipos infractores excesivamente amplios y abiertos lo que no facilita que determinadas conductas puedan subsumirse en los mismos de cara a ser respetuosos con el principio de tipicidad que exige una cierta claridad y certidumbre”. Precisamente, el caso que he escogido para este trabajo permite traer a colación estas polémicas que han sido resueltas como hemos visto por el Tribunal Supremo.

La importancia del caso que analizamos es grande porque, como se ha destacado, se trataba de la mayor pena colectiva de la historia de Competencia en España (multa de 171 millones de euros) al desmantelarse por la CNMC el cártel del automóvil que afectaba a veintiuna empresas presentes en el mercado de distribución y comercialización de vehículos de motor y/o en el de la prestación de los servicios de postventa, en todo el territorio español, así como a dos empresas consultoras. El pacto impidió que se trasladasen al consumidor descuentos en los precios de los coches (Navas y Sanz Sánchez de Rojas, 2020). Aunque la patronal ANFAC dijo en un comunicado que “no compartía que se pudiese en duda la competencia en el mercado español del automóvil destacando que el sector del automóvil está entre los más competitivos de Europa”, lo cierto es que todo este caso saca a la luz un problema que, aunque muy conocido desde hace mucho tiempo, no deja de producir una gran desazón, pues demuestra que por más que se insista en las bondades de la libre competencia las empresas oligopolistas siguen cayendo en la tentación de aprovechar su posición ventajosa en este tipo de mercados donde el reducido número de competidores permite alcanzar este tipo de acuerdos prohibidos. La sentencia del Supremo, al examinar algunas cuestiones que suscita la identificación y prueba del



daño en este caso ha dado lugar a que cobren actualidad las posibles reclamaciones de daños de los adquirentes de los vehículos afectados por el cártel.

Lo lamentable de toda esta situación es el evidente daño que se le causa al consumidor. García Garrido (2022) ha explicado que “lo principal de la reclamación es la valoración del daño causado. Al igual que sucedía con el cártel de camiones, el elemento esencial para que el consumidor se resarza del perjuicio es el informe pericial que cuantifique cuánto ha pagado en exceso por el vehículo, en comparación con lo que le correspondería en ausencia del acuerdo de los precios. En general, se ha apreciado que el incremento supuso entre un 10 y 15%, dependiendo de la etapa del cártel, pudiendo llegar a aumentar un 20% en algunos vehículos. Lo que parece poca cantidad a primera vista, provoca que la mayoría de los consumidores decidan no continuar con la reclamación, ya que, si suman todos los gastos, al final consideran que no les es viable y paralizan el procedimiento. Aunque parezca poca cantidad, si sumamos todo el beneficio obtenido por los miembros, podemos ver que la cantidad resultante sí es elevada y si los consumidores no reclaman, al margen de la sanción de la CNMC, estas marcas salen más airosas que si tienen que enfrentarse a todas las reclamaciones. De todo ello se desprende que el verdadero perjudicado es el consumidor final, tanto si hace efectivos sus derechos como si no, por ser la parte más débil dentro de esta relación y haber sido objeto del abuso de la posición de las empresas más influyentes del mercado automovilístico. Quizás las propias empresas también sean víctimas de ellas mismas, al haber sucumbido a la presión de grupo y haber participado en tales actividades, pero ello no justifica que se hayan aprovechado del desconocimiento y la ignorancia de sus consumidores para obtener ventajas y manipular el mercado.

221

Todo esto demuestra que en un ámbito de Derecho económico, como el de la supervisión de la competencia leal entre empresas, se justifica la existencia de una discrecionalidad (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2020: p.496; Fernández Rodríguez, 2012: pp. 141-170) en manos de la autoridad pública que redunde en la protección de ese principio económico tan importante para la defensa en última instancia de los intereses de los consumidores, lo cual también constituye un valor constitucional digno de consideración si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 51.1 de nuestra Carta Magna cuando establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

BIBLIOGRAFÍA

- BOUAZZA ARIÑO, O (2021). “[*La casación en el contencioso-administrativo*](#)”, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- BLOG DE LA CNMC (2016, Febrero 19). “La investigación de los cárteles es una de las prioridades de la actuación de la CNMC”, <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/> [Consulta: 15-05-2024]
- BLOG DE LA CNMC (2020, Noviembre 15). “Las 17 sentencias de la Audiencia Nacional que ratifican las multas de la CNMC al cártel de fabricantes de coches”, <https://blog.cnmc.es/2020/02/12/sentencias-audiencia-nacional-cartel-fabricantes-coches/>. [Consulta: 15-11-2024]
- CABALLERO SÁNCHEZ, R (2011). “Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto”, *“Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados”*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.) y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (coord.), Iustel, Madrid, pp.39-70.
- CANO CAMPOS, T (2006). “Sanciones administrativas: principio de retroactividad, infracción continuada y *non bis in idem*, procedimiento sancionador, atenuantes y agravantes, sanciones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 13.
- CARLÓN RUIZ, M (2017). “Las Administraciones independientes españolas a la luz del Derecho europeo”, en *“Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor J.L. Martínez López-Muñiz”*, I, Reus, Madrid, pp.773-805.
- COSCULLUELA MONTANER, L (2003). “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los principios generales del Derecho Público Económico”, en *“Estudios de Derecho Público Económico”*) *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp.109-138.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G (2022). *“Sistema de Derecho Administrativo I”*, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R (2012). “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de administración pública*, nº 187, 2012, pp. 141-170.



- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R (2020). “*Curso de Derecho Administrativo I*”, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- GARCÍA GARRIDO, M. (2022, Junio 14). “El «cártel de los coches» y su perjuicio a los consumidores”, *e-Dictum*, Núm. 122, <https://dictumabogados.com/actualidad-profesional/el-cartel-de-los-coches-y-su-perjuicio-a-los-consumidores/29695/>. [Consulta: 15-05-2024]
- GÓNZALEZ SAQUERO, P (2014). “Las fuentes del derecho de la Unión Europea”, en *Cuadernos de derecho para ingenieros* / coord. Por AGUNDEZ MIGUEL.A., SIMANCAS SÁNCHEZ J.M., Vol. 25, (Fuentes e instituciones del Derecho comunitario, coord. por Ignacio S. Galan, Miguel A.A.), Iberdrola, Madrid, pp.1-20.
- GUILLÉN CARAMÉS, J (2023). “La excesiva modulación del principio de legalidad sancionadora en el Derecho de la competencia: reflexiones a propósito de la figura de los facilitadores de conductas colusorias” en “*Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho (Libro Homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García)*”, SUAY RINCÓN, J. (dir.) y BAUZÁ MARTORELL, F. (dir.), Atelier, Barcelona, pp.853-884.
- MARCOS, F. (2021, Noviembre 18). “Daños causados por el “cártel de los coches”, <https://almacendederecho.org/danos-causados-por-el-cartel-de-los-coches>. [Consulta: 15-05-2024]
- NAVAS, N. y SANZ SÁNCHEZ DE ROJAS, F., “La CNMC desmantela el cártel del automóvil y le multa con 171 millones”, de 25 de julio de 2015. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/07/28/empresas/1438090477_467718.html. [Consulta: 15-05-2024]
- NIETO, A. (2002). “*Derecho Administrativo Sancionador*”, Tecnos, Madrid.
- PERITO JUDICIAL GROUP (s.f.). “Qué es un Cártel”. Consecuencias y cómo reclamar (peritojudicial.com), <https://peritojudicial.com/cartel/>. [Consulta: 15-05-2024]
- REBOLLO PUIG, M (2014). “Potestades inspectores y sancionadoras”, “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”, CARLÓN RUIZ, M. (dir), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 701-780.
- SAINZ MORENO, F (1976). “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, Civitas, Madrid.
- SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D (1987). “*Economía*”, Mc Graw Hill, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A (2011). “Sectores regulados y competencia: un dilema complejo”, *“Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados”*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.) y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (coord.), Iustel, Madrid.

NOTAS

¹ Perito Judicial Group, “Qué es un Cártel”. Consecuencias y cómo reclamar (peritojudicial.com), <https://peritojudicial.com/cartel/>.

² Ver 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).

³ Según Rebollo Puig, “los tipos infractores de cada una de esas leyes no son idénticos y varían también notablemente las sanciones correspondientes y su régimen. De esta forma resulta que la obstrucción a las actuaciones inspectoras de la CNMC tendrá un régimen y unas consecuencias sancionadoras distintas según se trate de las realizadas en relación con la defensa de la competencia, la energía, las telecomunicaciones”.

⁴ Blog de la CNMC, “La investigación de los cárteles es una de las prioridades de la actuación de la CNMC”, <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>.

⁵ Memoria de la CNMC de 2015, presidente “José María Marín Quemada”, pp.1-13. Marcos, F., “Daños causados por el “cártel de los coches”, de 18 de noviembre de 2021, <https://almacenederecho.org/danos-causados-por-el-cartel-de-los-coches>. Este artículo aporta otras resoluciones de la CNMC sobre las prácticas anticompetitivas en la distribución de automóviles.

⁶ Nos advierte autor que “conviene tener presente que el reforzamiento de la autonomía no convierte a estas entidades en independientes, en el sentido propio de independencia (es decir, en el sentido de quedar al margen de toda vinculación gubernamental). O en otros términos: este tipo de <<administración>> no supone una ruptura de la configuración constitucional de la Administración y del Gobierno y de sus relaciones (artículos 97 y 103 CE), pues aun cuando se rectifica la tradicional vinculación jerárquica, ello no determina una desvinculación plena y absoluta inconciliable con las reglas constitucionales... Se trata, en definitiva, de una respuesta organizativa a un nuevo tipo de función pública que necesita sencillamente de un reforzamiento de la autonomía de gestión”).

⁷ De las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

⁸ De las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

⁹ En concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011

¹⁰ En concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE, en uno de ellos.

¹¹ Compuesto por los “socios tradicionales” o “Capos de la familia”, como se denominaban ellos mismos, en concreto, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, OPEL (es decir, GENERAL MOTORS, si bien en los elementos probatorios que constaban en el expediente se identificó por la citada marca), PEUGEOT, RENAULT y TOYOTA, incorporándose SEAT en junio de 2005



¹² Quedaron acreditadas diez reuniones del Foro de Directores de Posventa desde marzo de 2010 hasta julio de 2013. En el expediente constaban tablas que reflejaban la información intercambiada, por marcas, conteniendo: unidades vendidas de vehículos nuevos y usados, facturación total acumulada en euros y en porcentaje con un desglose de la venta de los vehículos nuevos, usados, servicios de talleres y venta de recambios; los gastos indirectos ajenos y extraordinarios, con las cifras del beneficio antes de impuestos en euros y en porcentajes, los gastos financieros de los vehículos nuevos en euros, los costes por unidad y el número de concesionarios en porcentaje incluidos en la muestra. Las tablas que aportó la CNMC reflejaban la información detallada para cada marca, incluyendo ratios económicos como el número de unidades y el precio medio de los vehículos nuevos y de ocasión, la facturación total de vehículos nuevos y usados, los gastos generales de su red de concesionarios, la tasa de absorción de los gastos generales y distintos ratios económicos confidenciales y estratégicos como el ratio resultante de dividir los resultados económicos de vehículos nuevos y de ocasión entre las unidades de dichos vehículos nuevos y de ocasión vendidos. Constaba también en el expediente el acuerdo, adoptado en el VI Foro de Directores de Posventa, de la inclusión en las tablas que venían intercambiándose de un código semafórico identificando aquellas situaciones por encima o por debajo del 25% del valor medio de las marcas que hubiesen aportado su información.

¹³ Así, SEAT participó únicamente en un intercambio de septiembre de 2010; PEUGEOT participó hasta diciembre de 2010; CITROEN, MERCEDES y FORD hasta febrero de 2011, de acuerdo con lo indicado en la reunión del IV Foro de Directores de Posventa celebrada el 24 de febrero de 2011; KIA, MAZDA y OPEL participaron hasta febrero de 2012, si bien OPEL se reincorporaría en enero de 2013, y AUDI, SKODA y VW participan hasta junio de 2013.

¹⁴ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles, de 23 de julio de 2015, p.44.

¹⁵ La CNMC recordó la doctrina del CNC al señalar que: “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 la formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general”; En este mismo sentido, Resoluciones de la CNC, expediente S/0185/09 “Bombas de fluidos”, de 24 de junio de 2011, y expediente S/0280/10 Suzuki-Honda, de 19 de enero de 2012.

¹⁶ STJUE, as. C-286/13 P, Dole Food y Dole Fresh Fruit. Con relación a este asunto, cabe destacar de ella los siguientes apartados: “(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, si 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 las 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)”.

¹⁷ Aquí, nos explica detalladamente sobre el concepto de la infracción continuada.

¹⁸ AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW.

¹⁹ CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO.

²⁰ MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE.

²¹ Resolución de la CNC, expediente S/0086/08, “Peluquería Profesional”, de 2 de marzo de 2011, confirmada en este extremo por la Audiencia Nacional y Sentencias de la AN de 12 de marzo, 2 y 9 de abril y 7 de mayo de 2014.

²² Resolución de la CNC, expediente S/0404/12 “Servicios Comerciales AENA”, de 21 de enero de 2014, p.63.

²³ Consiste en el estudio profundizado sobre los competidores para entender las estrategias y mejores prácticas utilizadas por ellos.

²⁴ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/0404/12, “Servicios Comerciales AENA”; expediente S/0060/08 SINTRABI; Resoluciones de la CNMC, (expediente S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER; expediente S/488/13 HYUNDAI; expediente S/486/13 TOYOTA; expediente S/0489/13 OPEL), de 5 de mayo de 2014.

²⁵ Nos remitimos a la “la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, As. T- 99/04, AC-Treuhand AG c. Comisión, de 8 de julio de 2008. El Tribunal señala lo siguiente: “[...] toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores ya estaba insito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa. En la sentencia AC-Treuhand I, el Tribunal también estimó que toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, como la demandante en el presente asunto, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio, ya que esa empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores ya estaba insito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa (sentencia AC-Treuhand I, ap. 150)”.

²⁶ Resulta oportuno traer a colación aquí la doctrina del Tribunal de Justicia en materia del grado de conocimiento por un participante del cártel respecto de los acuerdos específicos del mismo. Nos remitimos a la “STJUE, asunto C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, de 6 de diciembre de 2012. En relación con este caso, vamos a citar los siguientes considerandos por su interés: “(43) En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios



a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad. -(44) Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo. (45) No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, ap.86) ”.

227

²⁷ Sentencias del TPI, Asunto T-99/04 AC-Treuhand/Comisión, de 8 de julio de 2008 y Resolución de la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles, de 23 de julio de 2015, p.68.

²⁸ Así, Resolución de la CNC, Expte, S/0237/10 “Motocicletas”, de 27 de marzo de 2012, refrendada específicamente en este aspecto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2015.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, As. C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, de 11 de septiembre de 2014. Se trataba en aquel caso de un mercado denominado de dos caras, y lo que reprocha el TJUE en su sentencia es que en el concreto caso objeto de revisión sólo se había analizado una dimensión del mismo y no los posibles efectos de la restricción imputada en la otra cara. La doctrina derivada de esa sentencia no modifica la consolidada jurisprudencia europea relativa a infracciones por objeto, respecto de las que no se exige prueba de efectos reales contrarios a la competencia, sino su aptitud para distorsionar la misma, por su consustancial elevado grado de nocividad. Recogemos los siguientes considerandos de la citada sentencia: “(48) Es oportuno recordar que para entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, ap. 1, un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. -(49) En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (véanse, en ese sentido, en especial, las sentencias Société Technique Minière, 56/65, EU:C:1966:38, 359 y 360; BIDS, EU:C:2008:643, ap. 15, y Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 34 y jurisprudencia citada). -(50) Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase, en ese sentido, en especial, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, ap. 35 y jurisprudencia citada). -(51) 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 a efectos de aplicar el artículo 81 CE, apartado

1 (véase en ese sentido en especial, la sentencia *Clair*, 123/83, EU:C:1985:33, ap. 22)". Ver además RCNMC, Expte. S/0471/13, "Concesionarios Audi/Seat/VW", de 28 de mayo de 2015 y Resolución de la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles, de 23 de julio de 2015, Fj4, p.70.

³⁰ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles, de 23 de julio de 2015, p.72. Téngase además en cuenta las conclusiones presentadas por el Abogado General presentadas el 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-286/13 P, de las cuales extraemos los siguientes párrafos por su interés: "(113) A ese respecto debe señalarse que un intercambio de información no sólo está viciado por una finalidad contraria a la competencia cuando versa directamente sobre los precios aplicados en el mercado por las empresas implicadas, pues, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 81 CE (art. 101 TFUE) está dirigido a proteger la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. (Sentencias *T-Mobile Netherlands* y otros (EU:C:2009:343), ap. 38, y *GlaxoSmithKline Services/Comisión* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), ap. 63). En consecuencia, la comprobación de que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que se compruebe la existencia de una relación directa de dicha práctica con los precios al consumo. (Sentencia *T-Mobile Netherlands* y otros (EU:C:2009:343), apartado 36 a 39.) De igual manera, no es preciso que exista una relación directa entre la información intercambiada y los precios al por mayor. Antes bien, para entender que hay una finalidad contraria a la competencia basta con que entre los competidores se intercambie información sobre factores que son relevantes para sus respectivas políticas de precios o (en general) para su comportamiento en el mercado. Esta valoración resulta refrendada, y en tal medida se trae aquí a colación, por la antes citada STJUE de 19 de marzo de 2015, que resuelve el mismo asunto C-286/13 P: "(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, ap.86, y *T-Mobile Netherlands* y otros, EU:C:2009:343, ap. 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 las 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 36).[...] (134) De ello resulta igualmente que el Tribunal General consideró en los apartados 553 y 585 de la sentencia recurrida, sin cometer un error de Derecho, que la Comisión podía afirmar que las comunicaciones previas a la fijación de precios, al permitir reducir, a cada uno de los participantes, la incertidumbre en lo que atañe al comportamiento previsible de sus competidores, tenían por objeto abocar a condiciones de competencia que no se correspondían con las condiciones normales del mercado, y dieron lugar por tanto a una práctica concertada que tenía por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE".

³¹ Blog de la CNMC, "las 17 sentencias de la Audiencia Nacional que ratifican las multas de la CNMC al cártel de fabricantes de coches".

³² Núm.res. 1420/2021, núm.rec.7267/2020.

³³ De esta manera, sigue el mismo criterio la sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 3253/2014), al resolver el recurso de casación formulado por "Colomer Group Spain", que consideró aplicable la definición de cártel de la Ley 15/2007, 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. Allí estableció lo siguiente: "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."

³⁴

³⁵ STJUE, Asunto C-8/08, 4 de junio de 2009.

³⁶ Ver 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).

³⁷ SSTJUE, asuntos acumulados 40/73, Suiker Unie y otros/ Comisión, de 16 de diciembre de 1975, ap. 173 y el as.172/80, Züchner, de 14 de julio de 1981, ap.13, también el as. C-7/95 P, John Deere Ltd, de 28 de mayo de 1998, ap. 86.

³⁸ STJUE, asuntos acumulados 40/73, de 16 de diciembre de 1975.

³⁹ El TS ya examina la cuestión en el recurso de casación número 7267/2020, interpuesto por Toyota España S.L.U., contra la sentencia de 23 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 689/2015, sobre infracción de la LDC, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado y Seat S.A.

⁴⁰ STJUE, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, ap. 17 y TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia núm.435/2021, de 1 de diciembre de 2021, (núm.res. 1420/2021, núm.rec.7267/2020), Fj3, p.8.

⁴¹ STJUE, asunto C-209/07, 20 de noviembre de 2008.

⁴² 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 (SSTJUE, Consten y Grundig/Comisión, as.56/64 y as.58/64, de 13 de julio de 1966, pp. 429 y ss. (especialmente p. 496) y, as.C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, de 21 de septiembre de 2006, p. I-8725, ap.125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (SSTJUE, as. 29/83 y as.30/83, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, de 28 de marzo de 1984, Rec. p. 1679, apartado 26, y as.C-551/03 P, General Motors/Comisión, de 6 de abril de 2006, Rec. p. I-3173, ap.66)".*

⁴³ SSTJUE, as.56/64 y as.58/64, Consten y Grundig/Comisión, sentencias de 13 de julio de 1966, pp. 429 y ss. (especialmente p. 496); asunto C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, de 21 de septiembre de 2006, Rec. p. I-8725, ap. 125 y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, ap. 16.

⁴⁴ STJUE, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17.

⁴⁵ STJUE, Asunto C-226/11, 13 de diciembre de 2012.

⁴⁶ SSTJUE, as.C-209/07, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, de 20 de noviembre de 2008, ap.17, Rec. p. I- 8637, y as.C-8/08, T-Mobile Netherlands y otros, de 4 de junio de 2009, ap.29, Rec. p. I-4529

⁴⁷ Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (STJUE, as. C-32/11, Allianz Hungária Biztosító y otros, ap.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 [...]".* La Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014 (STJUE, as. C-67/13 P, Groupement de cartes bancaires , ap. 49), sostuvo que: *"En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos [...]".*

⁴⁸ Entre otras de las sentencias del TJUE, as.C-238/05, Asnef-Equifax , 23 de noviembre de 2006, ap.50 y as.C-260/07, Pedro IV Servicios, de 2 de abril de 2009, apartado 68, Rec. p. I-2437.

⁴⁹ STJUE, as.C-70/93, Bayerische Motorenwerke, de 24 de octubre de 1995.

⁵⁰ SSTJUE, T-Mobile Netherlands y as. C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y otros como as. C 501/06 P, as.C-513/06 P y as.C- 519/06P, EU:C:2009:610, ap. 55.

⁵¹ Así, dice el Tribunal General en los apartados 305 a 310 de su sentencia lo siguiente: *"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, reconocen, 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 una 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)".*

⁵² STJUE, as.C-469/15 P, FSL, ap.104.

⁵³ STJUE, F. Hoffmann-La Roche y otros, ap.78.

⁵⁴ TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia núm.43/2019, de 21 de enero (núm.casación 4323/2017) Fj3.

⁵⁵ STJUE, as.T-Mobile C-8/08, de febrero de 2009; TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia núm.435/2021, de 1 de diciembre de 2021, (núm.res. 1420/2021, núm.rec.7267/2020), Fj5, p.18.



⁵⁶ TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia núm.435/2021, de 1 de diciembre de 2021, (núm.res. 1420/2021, núm.rec.7267/2020), Fj3, pp.9 y 10.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, «DOUE», Núm. 259, de 21 de julio de 2023. “Versión anterior (DOCE 14 de enero de 2011)”.

⁵⁸ TS, Sala de lo contencioso-administrativo, sentencia núm.43/2019, de 21 de enero (núm.rec. 4323/2017), Fj3.

⁵⁹ Precisamente Caballero Sánchez, R. destaca esta cuestión al comienzo de su trabajo sobre el tema de las técnicas de regulación (p.39).

⁶⁰ Estos autores destacan que “el caso más simple de oligopolio surge cuando todos los rivales venden productos similares y son plenamente conscientes de que todos navegan en el mismo barco. En el caso extremo, se trata de diferentes empresas que producen bienes casi idénticos u homogéneos”.

⁶¹ Precisamente, este autor se ha mostrado muy crítico, al llamar la atención sobre el hecho de que “a cambio de una cierta ampliación del ámbito de la iniciativa privada, la Administración ostenta el derecho de investigar y conocer todos los rincones del negocio, obligando incluso a los interesados a proporcionarle toda la información sobre su organización y actividad, y pudiéndole someter a procesos de inspección agotadores y prácticamente ininterrumpidos (p.38).

⁶² Este artículo habla sobre los problemas de aplicación del citado principio en el Derecho administrativo sancionador.

