

Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), n.º 1145/2021,
de 17 de septiembre de 2021

CÁRTEL DE LOS COCHES

La presente sentencia del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por un fabricante de automóviles (Honda Motor Europe) contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 19 de diciembre de 2019 que desestimó la acción que había planteado contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13, Fabricantes de automóviles), en la cual se sancionó con 171 millones de euros a 21 fabricantes y distribuidores de marcas de automóviles en España, entre ellos al recurrente, así como a dos empresas consultoras, por prácticas restrictivas de la competencia. En la resolución que puso fin al procedimiento administrativo, incoado como consecuencia de la solicitud de clemencia presentada por uno de los fabricantes, la CNMC consideró probada la existencia de una infracción única y continuada, calificada como cártel, consistente en intercambiar información comercialmente sensible y estratégica, tanto actual como futura y altamente desagregada, en el mercado español de la distribución y los servicios postventa de vehículos de las marcas participantes, cuya cuota de mercado conjunta alcanzaba en torno al 91 % de la distribución de automóviles en España.

La resolución de la CNMC ha sido objeto de varios recursos planteados por fabricantes y distribuidores que participaron en las conductas, y todos ellos han terminado con sentencias que confirman las sanciones impuestas (una relación de los recursos y de las sentencias correspondientes se puede encontrar en MARCOS FERNÁNDEZ, F. 2021: «Daños causados por el cártel de los coches». *Almacén del Derecho*, 18 de noviembre de 2021, <https://almacendederecho.org/danos-causados-por-el-cartel-de-los-coches>). En el presente recurso de casación se cuestionan tres aspectos que la resolución que la CNMC y, posteriormente, la sentencia de la Audiencia Nacional dieron por acreditados, a saber, que la conducta infractora tenía «por objeto» distorsionar la competencia, constituía un «cártel» en el sentido de la Disposición adicional cuarta, apartado 2, de la LDC, y reunía las condiciones para ser considerada una «infracción única y continuada».

Con relación al primer aspecto, conviene recordar que las prohibiciones de los artículos 1 LDC y 101 TFUE afectan a las conductas colusorias que «tienen por objeto» o «producen el efecto» de distorsionar la competencia en todo o en parte del mercado. Por lo tanto, en principio no afecta al tipo infractor, ni a la sanción que lleva aparejada, que la conducta se considere restrictiva de la competencia por el objeto o

por los efectos. Sin embargo, y sin perjuicio de otras posibles consecuencias que no son relevantes en el caso concreto, ello condiciona el tipo de análisis que debe realizar la autoridad de competencia o, en su caso, el órgano jurisdiccional competente para constatar la afectación de la competencia. Si una conducta no es restrictiva por el objeto, solo cabe aplicar la regla general de prohibición de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE tras un análisis de sus efectos potenciales o reales sobre la competencia, lo que incluye examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no haber existido la conducta para apreciar la incidencia de esta última sobre los parámetros de la competencia, tales como el precio, la cantidad y la calidad de los productos o de los servicios.

Conforme a una práctica y jurisprudencia consolidadas, una conducta tiene por objeto distorsionar la competencia cuando, por su propia naturaleza, es perjudicial para el buen funcionamiento de la competencia. Para valorar esta circunstancia es preciso examinar su contenido, la finalidad objetiva que se pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en el que se inscribe, lo que incluye considerar la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes.

La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que las conductas restrictivas por su objeto se caracterizan por tener, por sí mismas, un grado suficiente de nocividad para la competencia que hace innecesario examinar sus efectos (*vid.* STJUE de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank y otros*; SJUE de 11 de septiembre de 2014 en el asunto C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires [CB] c. Comisión*. Véase el comentario de estas sentencias por ARROYO APARICIO, A. 2021: «Tarjetas de pago y Derecho antitrust: restricciones por objeto y por efecto». *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, julio 2021, 2: 167-194). Ello no exime a la autoridad u órgano jurisdiccional competente de la obligación de justificar sus declaraciones con las pruebas necesarias y, a este respecto, es importante que exista un acervo sólido y fiable de experiencia al que poder referirse que demuestre que la conducta es por su propia naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia.

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo comprobó si la CNMC había examinado los aspectos relevantes de la conducta — contenido, finalidad objetiva y contexto económico y jurídico— y confirmó la valoración de la Audiencia Nacional de que la resolución de la CNMC había aportado motivos suficientes para concluir que la conducta era restrictiva de la competencia por el objeto.

Con relación al contenido de los acuerdos, se había constatado que los intercambios de información permitían a las empresas participantes conocer la actuación de sus competidores a través de datos desagregados que se comunicaban de forma sistemática, secreta, periódica y restringida para su propio beneficio. Los datos compartidos se referían a aspectos tales como la rentabilidad y la facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de postventa; márgenes comerciales y política de remuneración

ofrecida por las redes de concesionarios y datos sobre la gestión de dichas redes; estructuras, características y organización redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes; condiciones de políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de postventa; campañas de marketing al cliente final; y programa de fidelización de sus clientes. Además, se trataba de una información con proyección futura, pues ponía en conocimiento del competidor información que revelaba no solo la estrategia comercial actual, sino también la correspondiente a un futuro cercano.

Sobre la finalidad objetiva de la conducta, el Tribunal Supremo consideró ajustada a Derecho la valoración de la CNMC, confirmada por la Audiencia Nacional, de que la única explicación razonable era que la decisión de compartir dicha información obedecía a la intención de no competir o de hacerlo de forma atenuada, reduciendo la incertidumbre en procesos de determinación de precios y en las condiciones comerciales, afectando gravemente a la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado y disminuyendo los incentivos para competir. El Tribunal desestimó el argumento esgrimido por el recurrente de que tal intercambio de información era necesario para llevar a cabo prácticas de evaluación comparativa, o *benchmarking*, con las que pretendían conseguir eficiencias en el mercado. Según el Tribunal, la evaluación comparativa puede estar justificada cuando responde al propósito de transferir conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación en el sector, pero esta circunstancia no se había acreditado a través de los elementos probatorios, y sí la restricción de la competencia.

Finalmente, el Tribunal constató que la resolución de la CNMC contenía un estudio de la caracterización del mercado, con un primer apartado sobre el marco normativo y otro sobre el funcionamiento del mercado relevante —de producto y geográfico—, así como sobre la estructura del mercado, que había sido tenido en cuenta por la CNMC y por la Audiencia Nacional para deducir el carácter nocivo del intercambio de información practicado entre los competidores.

A la vista de todas las consideraciones anteriores el Tribunal Supremo concluyó que el intercambio de información instauraba un sistema de conocimiento mutuo y recíproco de las actividades y condiciones comerciales entre los competidores, incluidos factores relevantes relativos a los precios, con la finalidad de reducir o eliminar la competencia que tenía por sí un grado suficiente de nocividad para ser considerado restrictivo por su objeto, pues solo podía pretender la modificación de las condiciones de competencia en el mercado.

El segundo aspecto rebatido por el recurrente es la calificación jurídica de cártel que la resolución de la CNMC atribuyó a la conducta infractora y confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional. Probablemente, el principal interés del recurrente en impugnar la calificación consistía en mejorar su posición en los procedimientos civiles que pudieran iniciarse contra los infractores y demás responsables para reclamar los daños y perjuicios causados por la conducta, ya que el artículo 76, apartado 3, de la LDC, establece la presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan un daño. No obstante,

una estimación de la demanda en este punto también produciría el efecto colateral de cuestionar la exención de la multa que se había reconocido al solicitante de clemencia, ya que el artículo 65 LDC reserva este beneficio a la empresa o persona que sea la primera en aportar elementos de prueba en relación con un cártel.

Es preciso tener en cuenta que, en el momento de producirse los hechos y de adoptarse la resolución de la CNMC, todavía se encontraba en vigor la Disposición adicional cuarta, apartado 2, de la LDC, en su redacción original, que definía un cártel como «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». Esta definición se modificó por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE de 27 de mayo de 2017 n.º 126) a fin de equipararla a la establecida en el artículo 2 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (Directiva de daños. DOUE de 5 de diciembre de 2014, n.º L 349: 1). Desde entonces, el término se refiere a

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.

Según el recurrente, los intercambios de información objeto de la resolución de la CNMC no estaban comprendidos en la definición establecida en la redacción original de la Disposición adicional cuarta de la LDC, que tenía un alcance más estricto que el de la actual redacción y era la aplicable al caso concreto, por lo que la CNMC habría realizado una interpretación extensiva de este precepto. Además, al equiparar el alcance de la definición inicial y la actual, la Audiencia Nacional habría conculcado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras.

En relación al primer argumento, el Tribunal Supremo admite que en la resolución de la CNMC y en la sentencia de la Audiencia Nacional se interpreta de modo flexible la definición de cártel contenida en la redacción inicial de la Disposición adicional cuarta, apartado 2, de la LDC (sobre esta interpretación, *vid.* ARPIO SANTACRUZ, J. 2015: «Los cárteles en el sector de la producción y comercialización de los productos agrícolas tras la reforma del régimen de las organizaciones comunes de mercados en diciembre de 2013». En J. M. Beneyto Pérez y J. Maíllo González-Orús: *La lucha contra los cárteles en España*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 967-1019, 969-971). Considera, no obstante, que dicha interpretación es conforme a Derecho, ya que la citada Disposición adicional no establece un sistema de lista cerrada de conductas. En consecuencia, la definición de la Disposición adicional cuarta de la LDC, en su

redacción original, «no permite excluir del concepto de cártel aquellos acuerdos, como los de intercambios de información examinados en este recurso, que ofrecen a los participantes en los acuerdos sancionados un conocimiento actualizado y detallado de la composición de los precios de los competidores, con proyección futura y con aptitud para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado».

Probablemente, las anteriores consideraciones hubieran sido suficientes para rechazar que la Audiencia Nacional hubiera conculcado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras. Sin embargo, en relación al segundo argumento, el Tribunal Supremo añade que, en la LDC, la calificación de cártel no determina el tipo infractor, que está constituido por las conductas colusorias, ni tampoco la gravedad de la sanción, que depende de la tipificación de la infracción como leve, grave o muy grave conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la LDC. No se hace referencia en la sentencia a la práctica de las autoridades de competencia que suelen asignar los tipos sancionadores más elevados a las infracciones constitutivas de cártel (*cf.* Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, accesible en el portal de Internet de la CNMC, <https://www.cnmc.es>).

Por último, el recurrente cuestionó que la conducta infractora reuniese los requisitos para poderse considerar una infracción única y continuada (sobre la aplicación de esta figura en el ámbito del Derecho de la competencia *vid.* CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. 2019: «5 años en revisión: La infracción única y continuada en el Derecho español de la competencia». En *Anuario de la Competencia 2018*. Madrid: Fundación ICO, Marcial Pons, 201-224). El Tribunal Supremo consideró que los intercambios de información, que se habían realizado en diferentes foros, habían tenido lugar bajo la cobertura de un plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, y presentaban unidad de acción y finalidad, consistente en afrontar los efectos derivados de la crisis económica que afectaba gravemente al mercado de distribución y comercialización de vehículos de motor. En consecuencia, la Audiencia había aplicado acertadamente la figura de la infracción única y continuada.

En atención a todas las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo concluyó que no había lugar al recurso de casación interpuesto.

Juan ARPIO SANTACRUZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
arpio@unizar.es