



Roj: **SJM SS 12946/2022 - ECLI:ES:JMSS:2022:12946**

Id Cendoj: **20069470012022100280**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **346/2022**

Nº de Resolución: **287/2022**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **PEDRO JOSE MALAGON RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE SAN SEBASTIÁN - UPAD MERCANTIL

MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - DONOSTIAKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA, 1 - 3ª Planta - CP/PK: 20012 Donostia / San Sebastián

TEL. : 943 00 07 29 FAX : 943 00 43 86

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: mercantil1.donostia@justizia.eus /
merkataritza1.donostia@justizia.eus

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-22/007930**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20069.47.1-2022/0007930**

Procedimiento / Prozedura : **Juicio verbal / Hitzezko judizioa 346/2022 - C**

Materia: **COMPETENCIA DESLEAL**

SENTENCIA Nº 287/2022

MAGISTRADO QUE LA DICTA : D./D.ª PEDRO JOSÉ MALAGÓN RUIZ

Lugar : Donostia / San Sebastián

Fecha : trece de octubre de dos mil veintidós

PARTE DEMANDANTE : Fermín

Abogado/a : JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN

Procurador/a : JOAQUIN SECADES ALVAREZ

PARTE DEMANDADA RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A.

Abogado/a :

Procurador/a : SARA ARAMBURU CENDOYA

OBJETO DEL JUICIO : DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Secades Alvarez, en nombre y representación de D. Fermín , se presentó demanda de juicio verbal contra RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.L. en ejercicio de acción declarativa de repercusión negativa de la infracción por parte de la demandada del art. 101 TFUE y art. 1.1. de la Ley de Defensa de la competencia en la compraventa del vehículo marca renault modelo Clio Techno Tab 1.2 16 v 75 5p matricula-TXT , por la que se pedía que se condenara a la demandada a pagar al demandante la suma de 2.248,47 euros mas intereses legales desde la adquisición del vehículo y costas.



Se ejercita por el demandante, adquirente de el vehículo reseñado en fecha 7 de junio de 2.012 una acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de infracción de Derecho de la Competencia que el demandante entiende que ha incurrido la demandada por su pertenencia al denominado cártel de automóviles y la comisión de una infracción a las normas que regulan la Defensa de la Competencia de acuerdo con la Resolución de 23 de julio de 2.015 de la Sala de Competencia de la CNMC, dictada en el Expediente NUM000 .

En dicha resolución se imponía una multa a un total de 21 empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles en España, así como a dos empresas de consultoría por llevar a cabo prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia.

Tales prácticas consistían en el intercambio de información estratégica y comercialmente sensible relativa a vehículos nuevos y usados, a la venta de recambios y a los servicios de postventa. En concreto, quedó demostrado que los fabricantes pusieron en común sus condiciones comerciales futuras de venta y postventa y compartieron información sobre los márgenes comerciales de sus redes de concesionarios. Además, compartieron con sus competidores sus campañas de marketing (actuales y futuras) al cliente final y los programas de fidelización de clientes.

La citada resolución de la CNMC fue confirmada por diversas sentencias de la Audiencia Nacional, que fueron recurridas ante el Tribunal Supremo y confirmadas mediante 9 sentencias dictadas a lo largo de 2.021, la última el día 5 del mes de octubre; en concreto, respecto de la demandada tenemos, la STS 633/21 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso de 6/5/21.

Se acompaña informe pericial para la cuantificación del daño.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que en el término legal compareciera en las actuaciones y la contestara, cosa que hizo, oponiéndose a la misma en base a lo siguiente:

- Prescripción de la acción.
- Conformidad con la adquisición del vehículo en el concesionario y con la existencia de la Resolución sancionadora.
- El informe pericial es inhábil para acreditar el daño y su cuantificación, pues no realiza ningún tipo de análisis de la conducta sancionada y sus efectos en los adquirentes de vehículos, en cuanto al precio de los mismos, sino que se limita para ello a hacer un estudio comparativo e histórico de carteles; además utiliza una comparativas de preciosa antes y durante opacas en cuanto a sus fuentes y con numerosas deficiencias que invalidan los resultados.
- De las tres conductas por las que fue condenada la demandada, sólo respecto de una puede verse afectado el demandante, en función de la fecha de compra, la relativa al intercambio de información.
- Hay indicios de que las conductas descritas en la Resolución sancionadora fueran inocuas para el comprador final.
- Durante la infracción los índices de precios bajaron y los descuentos subieron por la crisis económica.
- El importe pagado por IVA no puede servir para el calculo de la reclamación.

TERCERO.- En el acto de la vista, y no habiéndose obtenido acuerdo alguno sobre el objeto litigioso, la parte actora se afirmó y ratificó en el contenido de su demanda y la parte demandada comparecida se opuso, reafirmando en su respectivos escrito de contestación.

Se practicó la prueba de ratificación y aclaraciones del informe pericial de la demandada y las parte hicieron conclusiones sobre la prueba practicada.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Ejercita el actor acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad extracontractual que la parte demandante entiende que ha incurrido la demandada por su pertenencia al denominado cártel comercializadoras de vehículos alegando que es consumidor y usuario y que adquirió un vehículo a la demandada el 7 de junio de 2.012; que el 23.07.2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictó resolución en la que se declara acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia.

La STS, Sala 3ª nº 1878/2021, de 6/5/21 confirma la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 27 de diciembre de 2019 que desestima el recurso



contencioso- administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de julio de 2015 (expediente sancionador nº NUM000 Fabricantes de Automóviles) que impuso a la mencionada sociedad -y a otras fabricantes de automóviles- una sanción de multa como responsable de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing de automóviles desde febrero de 2006 hasta julio de 2013. La multa impuesta a Renault Comercial S.A asciende a 18.203.422 Euros.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso y declaró ajustada a Derecho la resolución de la CNMC que aprecia la comisión de la infracción.

Tal resolución considera acreditados los siguientes hechos:

"1. 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 postventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras 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.

2. Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de postventa, 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 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROEN, 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.

3. Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de postventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar al considerar que la empresa Renault Comercial SA intercambió información estratégica con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011.

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 postventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de postventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes.

Todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando 14 del total de las marcas incoadas, en concreto, AUDI, BMW, CITROEN, 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."

El actor considera que como consecuencia de esta práctica restrictiva de la competencia se le ha causado un perjuicio, que determina con ayuda de un informe pericial en la suma 2.248,47 euros.

Derivada de la resolución mencionada, el adquirente ejercita una acción "follow on" contra una destinataria de la Decisión.

SEGUNDO.- Marco normativo.

La responsabilidad derivada de infracciones del derecho de la competencia se regulan en el Tratado de Funcionamiento de la UE, artículo 101 y siguientes, que establece " 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas



y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho ".

La Directiva 2014/104 UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho a la competencia de los estados miembros y de la UE, que junto con el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) recogen normas prohibitivas sobre acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia.

Esta Directiva se traspuso al Derecho Español por el Real Decreto-Ley 9/17, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores cuyo Artículo tercero modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia.

La Directiva de Daños supone la sustitución del derecho general de daños por las normas específicas que se introducen en la LDC, si bien la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 9/2017 establece que las modificaciones introducidas por el misma en la LDC no tendrán efecto retroactivo, mientras que las introducidas en la LEC se aplicarán exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor. Por tanto, la normativa recogida en la LDC sobre acciones como la que nos ocupa se aplicará a las infracciones de la normativa de defensa de la competencia realizadas con posterioridad al 26 de mayo de 2017, siendo aplicable el derecho de daños anterior.

Del mismo modo, El art. 22 de dicha Directiva excluyó la aplicación retroactiva de las disposiciones sustantivas derivadas de ella, pero no las de las disposiciones de otra naturaleza, las cuales sí son aplicables a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, aunque sólo en el contexto de acciones que, a su vez, hayan sido ejercitadas después de esa entrada en vigor, que tuvo lugar el 26 de diciembre de 2014 (ver art. 22.2). Esto fue admitido en la STJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, que siguió en este sentido las conclusiones presentadas al respecto por el Abogado General.

En cuanto a la aplicación del Derecho de daños, siguiendo la doctrina del TJUE, hay que tener en cuenta que estamos ante una infracción de normativa comunitaria, y algunos de los elementos de ésta última tienen un concepto autónomo en el derecho comunitario, por lo que su interpretación debe hacerse conforme a la configuración que de los mismos ha venido haciendo el TJUE.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta el principio de interpretación conforme con arreglo al cual el derecho nacional debe ser interpretado y aplicado de manera que conduzca a la consecución de los objetivos perseguidos por el derecho comunitario o de la UE; así, entre otras, en la STJUE de 19 de abril de 2016 (C-441/14) ap. 30, el Tribunal declaró que " *la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales* ". El apartado 31 de la sentencia deduce de lo anterior " *que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue* ".

Sobre a los límites de este principio, la misma sentencia señala que " *la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional* " (ap. 32). Pero, con independencia de lo anterior, " *la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva* " (ap. 33 de la anterior, y STJUE de 17 de abril de 2018, caso Egenberg, C-414/16, ap. 72).

De lo anterior se deduce que, si bien no podremos hacer una interpretación conforme a los principios de la Directiva de Daños de las disposiciones de derecho sustantivo aplicables, en este caso el art. 1902 del CC, dado que los hechos objeto del proceso acaecieron antes de la entrada en vigor de dicha norma comunitaria, otra



cuestión son las normas de tipo adjetivo, puesto que la acción de la demandante nació y se ejercitó después de esa entrada en vigor, el 26 de diciembre de 2014.

En todo caso, existe una importante homogeneidad en esta materia, antes y después de la Directiva de Daños y las normas nacionales de trasposición pues los principios fundamentales de la indemnización de los daños causados por conductas cartelizadas habían sido ya fijados en la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, *STJUE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04*) y en la del t. Supremo (por ejemplo, *STS nº 651/2013, de 7 de noviembre*, conocida como la Sentencia del "cártel del azúcar"). De esa doctrina jurisprudencial resultaba, en este tipo de supuestos, la matización de alguno de los elementos propios del sistema general de responsabilidad extracontractual o aquiliana, dimanante del referido *art. 1902 del CC*: acción ilícita, nexo causal y daño efectivo. En concreto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal eran ya facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia, junto con la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor.

TERCERO.- Prescripción.

La parte demandada entiende aplicable el plazo de un año establecido en el art. 1.968.2 del C. Civil para la responsabilidad extracontractual; considera que el "dies a quo" es la fecha en que se publicó la nota de prensa informando sobre el contenido de la Resolución, el 28 de julio de 2.015.

No obstante lo anterior, la reciente sentencia del TJUE de 22 de junio de 2.022 en la que da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de León en el contexto de un litigio entre Volvo AB y DAF Trucks NV, por una parte, y RM, por otra, en relación con una acción por daños ejercitada por RM el día 1 de abril de 2018 que tiene por objeto la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una infracción del artículo 101 TFUE, declarada por la Comisión Europea y cometida por varios fabricantes de camiones, entre los que figuran Volvo y DAF Trucks, en relación con el ámbito temporal de aplicación del plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE, declara que el citado precepto debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños por una infracción del Derecho de la competencia que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de la citada Directiva, fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional, en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva.

En el caso concreto enjuiciado, se trataba de determinar si era aplicable el plazo de prescripción previsto en la normativa nacional anterior (un año de acuerdo con el artículo 1968.2 del Código Civil) o el plazo de cinco años previsto en el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE, transpuesta por España por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores ("RDL 9/2017").

El citado RDL entró en vigor el 27 de mayo de 2017, cinco meses después de la fecha límite fijada por la Directiva 2014/104/UE para su transposición (26 de diciembre de 2016).

La sentencia se refiere al problema de que España haya transpuesto tardíamente la Directiva 2014/104/UE y la relevancia para el asunto que resuelve. Recuerda que en el momento en que se ejercitó la acción, posterior a la fecha límite de transposición y posterior a la entrada en vigor de la norma nacional, "la situación de que se trata en el litigio principal seguía surtiendo efectos". En consecuencia, el plazo aplicable es el plazo de 5 años previsto en la Directiva 2014/104/UE, por lo que no había prescrito la acción.

En definitiva, el Tribunal de Justicia, de forma novedosa y respecto del caso que analiza, considera que el momento relevante para determinar la norma aplicable es la fecha en la que se ejercitó la acción, si tras la fecha límite de transposición, no había transcurrido el plazo de un año fijado en la normativa nacional anterior. Por tanto, no serían relevantes a estos efectos ni el momento en el que el perjudicado conoce los cuatro elementos esenciales, a saber, (a) de la existencia de la infracción del Derecho de la Competencia, (b) de la existencia del perjuicio, (c) de la relación de causalidad entre ese perjuicio y la infracción y, (d) de la identidad del autor de la infracción, ni tampoco el momento en que cometió la infracción del Derecho de la Competencia.

En este contexto, y para aplicar el plazo de 5 años de prescripción derivado del artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE, el Tribunal de Justicia dota de especial relevancia al hecho de que la acción se hubiera ejercitado después de la entrada en vigor de las disposiciones que transpusieron la Directiva 2014/104/UE al Derecho nacional, y ello con independencia de que la acción por daños ejercitada se hubiera derivado de una infracción del Derecho de la Competencia que hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de la citada Directiva 2014/104/UE.



Expuesto lo anterior, bajo la vigencia de la LDC 1989, la prejudicialidad de la aplicación administrativa de las prohibiciones de conductas anticompetitivas contenidas en la Ley española (artículo 13) afectaba inexorablemente al plazo de prescripción de las eventuales acciones de daños, si bien, ello fue suprimido en 2007 y en el régimen anterior a la transposición Directiva UE/2014/104 no se contempla una extensión del plazo de prescripción por el hecho de que el posible pronunciamiento declarativo de la infracción por la autoridad de la competencia no sea firme. En efecto, la pendency de la revisión judicial del pronunciamiento sancionador de la autoridad de competencia sobre la conducta no incide en el cómputo del plazo de prescripción de una acción de responsabilidad extracontractual por los mismos hechos.

En suma, parece que la interposición de una acción judicial para aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas no ha de esperar una confirmación por los tribunales.

No obstante, hay que advertir que frente a la comentada resolución de la CNMC, la mayoría de las marcas de automóviles, entre ellas la demandada, presentaron recurso contencioso administrativo y agotaron la vía hasta la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

De este modo, ha sido a partir de abril de 2021, fecha de la primera de las sentencias, cuando parece haberse levantado la veda para la interposición de las demandas, que han computado desde ellas, el plazo de prescripción, entrando en franca contradicción con el argumento antes expuesto sobre la no interrupción del plazo por prejudicialidad administrativa.

Sin embargo, hemos de partir de que estamos ante una acción "follow on", es decir, a resultas de una Decisión administrativa de la Autoridad de la Competencia que aprecia una infracción y, esta que servía de base a la posible acción del perjudicado estaba "sub iudice" y por tanto no era firme hasta que el Supremo confirmara si, efectivamente, la conducta desarrollada de consuno por las fabricantes de automóviles era contraria a las normas sobre competencia y, por tanto, perjudicial para sus clientes.

En definitiva, entendemos que no era exigible a los potenciales perjudicados interponer demandas en base a resoluciones administrativas no firmes por ser recurridas por los presuntos infractores, arriesgándose, en caso de una sentencia revocatoria a la pérdida no sólo de la cantidad reclamada, sino también a correr con los correspondientes gastos; en definitiva, sería la propia interposición del recurso por los infractores lo que conlleva la interrupción del plazo prescriptivo, por cuanto que ello hace que no se tenga el suficiente conocimiento de la propia existencia de la infracción del Derecho de la Competencia, cuya concurrencia o no estaría sub iudice, y/o de la identidad del autor de la infracción, hecho también objeto de los recursos interpuestos.

En definitiva, entendemos que el plazo de prescripción no empezaría a correr hasta la sentencia firme de la Sala Tercera del TS y que, por ello, teniendo en cuenta la referida sentencia del TJUE, ya no sería el plazo de prescripción de un año, sino de cinco.

CUARTO.- Prueba del daño.

La parte actora debe demostrar la existencia y el alcance del perjuicio alegado, así como el nexo causal entre la infracción y dicho perjuicio, todo ello de acuerdo con los requisitos derivados del régimen que regula la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código Civil).

Estos requisitos son los clásicos de una acción u omisión ilícita, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre ambos.

Por lo tanto, el primer elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar es un comportamiento o acto humano que pueda considerarse causante del daño. Sin embargo, para que este acto pueda considerarse como fuente de responsabilidad, es necesario que el mismo pueda ser calificado como ilícito o antijurídico.

En el caso de las acciones de indemnización por ilícitos *antitrust*, es evidente que esta acción u omisión ilícita corresponde a cualquier actuación restrictiva, o susceptible de restringir, el funcionamiento normal del sistema competitivo en el mercado.

Existen dos modalidades de litigación en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia: *follow-on* o *stand alone* . La diferencia sustancial entre una u otra radica en si la existencia del ilícito anti-competencial ha sido ya declarado, o no, por la autoridad de la competencia correspondiente.

La modalidad *stand-alone* es aquella en la cual la acción de resarcimiento se ejercita sin que exista una resolución administrativa que declare la existencia de un ilícito anti-competencial. Por lo tanto, en el proceso civil en el cual se solicite la condena de indemnización por daños y perjuicios será necesario, de forma simultánea, pretender que se declare la ilicitud de la conducta anticompetitiva llevada a cabo.



Por el contrario, en la modalidad *follow-on* el proceso civil se inicia una vez que la autoridad de la competencia ya ha dictado una resolución administrativa declarando ilícita y contraria a las normas de la competencia una conducta determinada que, a su vez, "coincidirá generalmente con la *causa petendi* o supuesto fáctico de trascendencia jurídica alegada por el actor".

Así, la modalidad *stand-alone* permite interponer la demanda de reclamación de daños y perjuicios inmediatamente, sin esperar al desarrollo de un procedimiento administrativo y la correspondiente firmeza de la resolución, pero tiene una clara desventaja, la dificultad práctica de acceder a fuentes de prueba que permitan demostrar de forma fehaciente la comisión del ilícito anti-concurrencial por la otra parte.

Por su parte, en la modalidad *follow-on*, si bien es necesario el desarrollo de un procedimiento administrativo, el hecho de contar ya con una resolución administrativa que declara el ilícito anti-competencial hace que la parte demandante solo tendrá que probar la relación de causalidad entre el ilícito y el perjuicio sufrido y cuantificar éste.

De la lectura de la queda claro que desde la UE se incentiva la litigación por medio de la modalidad *follow-on*. En primer lugar, en su art. 9 se establece claramente que "la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional". De igual manera, en el supuesto de litigios transfronterizos, en el apartado 2 del mismo artículo, se garantiza que "toda resolución firme (...) en otro Estado Miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales al menos como principio de prueba".

En el caso de autos, la demandante articula acción de resarcimiento de daños; existe una Resolución de la Autoridad de la Competencia que es firme en relación a la demandada.

La conducta ilícita, por tanto, no precisa de prueba, pues ya está fijada en la Decisión de la Autoridad de competencia; si le corresponde al actora probar el daño y la existencia de relación de causalidad con la conducta ilícita, al margen de la cuantificación del perjuicio.

Las conductas ilícitas en las que ha participado la demandada, según la Decisión de la Autoridad de la competencia, son las siguientes:

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 postventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013.

Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de postventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar al considerar que la empresa Renault Comercial SA intercambió información estratégica con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011.

No es aplicable la presunción de daño establecida en el art. 17.2 de la Directiva de Daños y art. 76.3 consiguiente de la LDC no son aplicables al presente caso, como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2022:

" 104 En estas circunstancias, teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse racione temporis a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva."

Y resuelve que:

"El artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de esta Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal no está comprendida una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a

una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva. "

Por lo tanto, corresponde a la actora la acreditación de que la conducta sancionada ha causado un perjuicio en forma de sobrecoste, que es lo que se sostiene en la demanda.

Si bien partimos de lo anterior, la referida sentencia de 6-5-21 de la Sala Tercera del TS, considera que estamos en el presente caso ante una infracción por objeto en base a la siguiente argumentación:

".....La información intercambiada -detallada en la resolución sancionadora- comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre: a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios); b) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en de cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de las campañas, de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios; c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes; d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de 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 desagregadas por modelos de automóviles.

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

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

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

No debe olvidarse que la información no pública referida a los márgenes comerciales con los que se opera sirve para conformar el precio final. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (cumplimiento de objetivos, rappel de regularidad etc...) integra el precio y se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios de automóviles. De modo que el intercambio de información sobre dichos márgenes permite a las empresas conocer el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así tuvimos ocasión de afirmarlo ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (casación 2917/2016).

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

Según los hechos que la resolución sancionadora declara probados -y que no han sido desvirtuados en el proceso-, se comunicaba información desagregada y actual (unidades de venta, ingresos, resultados



económicos y demás respecto a la venta de vehículos nuevos, usados, así como de recambios y postventa) que permitía conocer las estrategias comerciales mutuas y condiciones de las redes de distribución relevantes para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre en el proceso de fijación de los precios y las condiciones comerciales. El intercambio hizo posible el conocimiento entre competidoras de dichos elementos estratégicos y predecir sus estrategias comerciales y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia.

Por otro lado, la parte recurrente alega que los acuerdos de intercambio de información tenían un carácter pro-competitivo, alegato que la sentencia recurrida rechaza. Argumenta la parte que el intercambio de información obedece a una lícita práctica de evaluación comparativa (Benchmarking), que perseguía conseguir eficiencias en el mercado. Aporta al efecto un dictamen pericial elaborado por Compass Lexecon en el que se afirma que el traslado de la información permitió reducir de forma eficaz y rápida las redes oficiales de concesionarios y dio lugar a la estabilización y caída de los precios de los vehículos y mejora de los descuentos ofrecidos al consumidor.

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

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

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

Finalmente, debemos referirnos al tercero de los elementos antes reseñado relativo al análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, la naturaleza de los bienes y servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y la estructura del mercado.

En este punto, las recurrentes que entienden que se ha omitido la realización del análisis imprescindible para demostrar en qué modo la presunta restricción derivada del intercambio de información tiene un grado de nocividad suficiente como para ser calificado como una restricción de la competencia por su propio objeto contrario al artículo 1 LDC y 101 TFUE, en los términos de la Sentencia TJUE Budapest Bank.

Cabe destacar que la propia resolución sancionadora de la CNMC incorpora un análisis de dichos aspectos. Así, en el apartado II se incluye un estudio de la caracterización del mercado que contiene un primer apartado sobre el marco normativo, un segundo apartado sobre el funcionamiento del mercado que parte de la descripción detallada de la DC (párrafos 135 a 168 PCH) del funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico- así como la estructura del mercado, con exposición de la oferta y la demanda. Se exponen varios sub-apartados dedicados cada uno de ellos: A) al mercado de producto afectado, que la DC define como el de distribución de vehículos a motor de las marcas citadas y sus redes de concesionarios incluyendo las ventas como las prestaciones de servicios y actividades postventa de vehículos en España; B) al mercado geográfico que es de ámbito nacional, afectando a la totalidad del territorio nacional y que la DC considera que podría ser susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que compartimenta el mercado nacional;



y C) la estructura del mercado en el que se examina la oferta y las cuotas de mercado de las diferentes marcas señalando que la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes estaría en un 91% de la distribución de vehículos de automóviles en España, incluyendo la totalidad de las marcas generalistas y alguna de las denominadas Premium. También se examina el sistema de distribución de vehículos a través de concesionarios distinguiendo entre los concesionarios independientes (359) y los pertenecientes a marcas que pasaron de 90 a 102 y la rentabilidad de las redes de concesionarios. Se extiende el análisis a la prestación de las actividades y servicios de postventa, que abarca revisiones y reparaciones de vehículos, con referencia a las características de los talleres autorizados, de los talleres independientes y las cadenas de reparación fast-fit determinación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Respecto a la demanda en el mercado, refiere que estaría compuesta por multitud de sectores económicos, destacando el de los particulares, flotas de empresas y las dedicadas al alquiler de coches, para analizar en el ejercicio 2014 los ingresos y ventas de las redes de concesionarios, cifras de crecimiento y la segmentación de la demanda.

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

En conclusión, resulta acreditado el intercambio de información entre competidores sobre factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real. Por tanto, puede afirmarse que el acuerdo de intercambio de información entre competidores analizado tiene por sí un grado suficiente de nocividad para la competencia, por su propia naturaleza, y perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, lo que lleva a concluir que debe ser considerado restrictivo por su objeto, pues sólo podía pretender la modificación de las condiciones de competencia en el mercado..."

Es cierto que la argumentación es sobre una infracción por objeto, y no cabe presumir el daño, como hemos antes referido; sin embargo, de esa argumentación se pueden entresacar los siguientes extremos:

- la información compartida se refiere en gran parte a elementos que afectan de forma relevante a los precios y a su estructura; y sustentan, por ello, la calificación de restricción por objeto.

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

- Según los hechos que la resolución sancionadora declara probados -y que no han sido desvirtuados en el proceso-, se comunicaba información desagregada y actual (unidades de venta, ingresos, resultados económicos y demás respecto a la venta de vehículos nuevos, usados, así como de recambios y postventa) que permitía conocer las estrategias comerciales mutuas y condiciones de las redes de distribución relevantes para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre en el proceso de fijación de los precios y las condiciones comerciales.

En definitiva, si bien es cierto que la conducta sancionada es sobre la base de un intercambio de información y aunque lo sancionado es una infracción por objeto, es claro que todo ese conocimiento compartido gira en torno a cifras, márgenes, políticas, resultados, datos desagregados, etc..., que permiten a los integrantes del cartel conocer datos esenciales sobre la fijación del precio final y las condiciones comerciales del competidor, reduciendo de forma drástica la incertidumbre en torno a estos extremos.

Todo ello, según la resolución de la CNMC y las sentencias que la confirman, se produce en un ámbito que abarca: A) al mercado de producto afectado, que la DC define como el de distribución de vehículos a motor de las marcas citadas y sus redes de concesionarios incluyendo las ventas como las prestaciones de servicios y actividades postventa de vehículos en España; B) al mercado geográfico que es de ámbito nacional, afectando a la totalidad del territorio nacional y que la DC considera que podría ser susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que compartimenta el mercado nacional; y C) la estructura del mercado en el que se examina la oferta y las cuotas de mercado de las diferentes marcas señalando que la cuota de mercado conjunta de las marcas participantes estaría en un 91% de la distribución



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

Es decir, la afectación del mercado no solo es relevante, sino casi total y, además, en un periodo que va desde 2006 a 2013, es decir, con una duración de 7 años.

Teniendo en cuenta todos estos datos: conocimiento de los datos claves para la fijación del precio final, entidad y número de las personas jurídicas y marcas afectadas, duración, afectación en el proceso (marketing, venta, postventa), cuota de mercado, etc..., no podemos sino entender que un cartel de estas características tiene, forzosamente, que tener una incidencia en el precio final pagado por el adquirente de vehículos y ello no puede ser de otro modo que con un sobreprecio y un perjuicio irrogado a aquel.

Al margen de ello, la prueba de la parte demandada, un contrainforme pericial, que no analiza el caso concreto, ni los efectos del cartel, sino que se limita a contrarrestar el informe contrario, tampoco desvirtúa las conclusiones antedichas.

QUINTO.- Cuantificación del daño.-

Al respecto, la prueba de la parte actora es un informe pericial, no ratificado en sede judicial, firmado por Doña Cecilia, economista colegiada (León) que, al margen de antecedentes, exposición de la infracción, análisis del mercado, etc., centra el objeto del informe en el apartado 2, el cual, constituye, fundamentalmente, un análisis de los sobrecostes determinados en el contexto de los carteles europeos, con la determinación de las medias de sobrecoste.

Se indica que se analiza una muestra de 129 casos distintos de carteles en Europa, a lo largo de 191 fases y que, con procedimientos de estimación paramétricos y semiparamétricos, se evalúa el impacto de las características del cartel que nos ocupa, deduciendo una medida del sobrecoste del 20,70% y del 18,37% de mediana sobre el precio de venta.

Es cierto que la determinación del sobreprecio que se presupone es enormemente complejo, existiendo varios métodos o sistemas de cuantificación que pueden o no ser adecuados dependiendo del tipo de ilícito analizado y de los datos y documentos que puedan ser utilizados pero el sistema utilizado no puede ser suficiente. Como señala la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea que acompaña a la comunicación número 2013/ C 167/07 de la Comisión sobre la misma materia publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea número C167/19 de 13 de Junio de 2013, en su apartado 145, viene a señalar expresamente: "... Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cartel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto..." , recalando en el apartado 168 "...Es imposible establecer un índice de repercusión del coste excesivo típico que se aplique en la mayoría de las situaciones. Antes bien, será necesario examinar atentamente todas las características del mercado en cuestión para evaluar los índices de repercusión del coste excesivo. En un asunto específico, la existencia y el grado de repercusión del coste excesivo se determinan mediante una serie de criterios distintos y, por tanto, únicamente pueden evaluarse teniendo en cuenta las condiciones del mercado en cuestión..."

De todo ello se deduce que dicho estudio, que no se concentra de forma específica en el mercado que nos ocupa, y en la evolución del mismo, es insuficiente para tener por probado un perjuicio cuantificado específico y concreto por cada vehículo.

Son diversas las audiencias provinciales, como la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 16 de diciembre de 2019, que, a la hora de valorar los informes periciales, parten de los argumentos y el análisis efectuado por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013, y que se puede sintetizar en: " 1.- El informe pericial que tenga por objeto la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción,

en el escenario de dificultad probatoria apuntado, tiene que partir de una hipótesis razonable y técnicamente fundada en datos contrastables y no erróneos [...]

Por lo tanto, se debe realizar una valoración de los informes periciales aportados, conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin obviar, la valoración conjunta de la prueba practicada.

Así, se debe ponderar si dichos informes aplican un "método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia" (FJ7.2 de la STS (Civil) de 7 de noviembre de 2013, Nestlé et al. v. Ebro Puleva, ECLI:ES:TS:2013:5819).

Significativamente procede recordar que esta sentencia establece que, la dificultad probatoria no puede impedir que las víctimas reciban la indemnización adecuada al perjuicio sufrido, y que esta dificultad de prueba justifica una mayor flexibilidad a la hora de interpretar las pruebas periciales practicadas en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente.

Pese a la dificultad en la cuantificación en esta clase de asuntos, la parte actora debe efectuar un esfuerzo probatorio, la Sentencia de la sección 15.ª de Barcelona dice que "49. Por tanto, las dificultades probatorias, que de alguna forma son connaturales o inherentes a la materia, no pueden determinar que la demanda pueda resultar sin más desestimada cuando se haya constatado la efectiva existencia de daños y el problema estribe en su cuantificación. Por esa razón, en último extremo se habilita al órgano jurisdiccional para que lo cuantifique por estimación, previsión normativa que no puede ser interpretada en términos que impliquen la supresión de toda exigencia de esfuerzo probatorio razonable a las partes. Si ese esfuerzo se ha realizado y persisten los problemas de cuantificación, está plenamente justificado que el órgano jurisdiccional fije la cuantía del daño por estimación (...) 54. Por lo tanto, el informe de la actora no aporta datos reales sino que se limita a hacer un análisis estadístico partiendo del informe Smuda del que, tras una medida aritmética extrae un porcentaje, pero sin ajustarse al caso concreto. Ni siquiera utiliza ninguno de los métodos de cuantificación del daño propuesto en la Guía de la CE".

Por su parte, la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en sus sentencias número 39/2021 de 27 de enero de 2021, 42/2021, 28 de enero de 2021; 133/2021, 22 de febrero de 2021, 587/2021, de 14 de octubre y 594/2021, de 15 de octubre se ha advertido la dificultad de cuantificar el daño:

"La propia CE pone en evidencia la dificultad que entraña la valoración del daño en supuestos como el presente cuando en su Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE de 13 de junio de 2013, afirma: "La cuantificación de ese perjuicio exige comparar la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que estaría sin la infracción. Esto es algo que no se puede observar en la realidad: es imposible saber con certeza cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado y las interacciones entre los participantes en el mercado sin la infracción. Lo único que se puede hacer es una estimación del escenario que probablemente habría existido sin la infracción. La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia siempre se ha caracterizado, por su propia naturaleza, por limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. A veces solo son posibles estimaciones aproximadas".

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013, resolviendo sobre el cártel del azúcar, se refiere a la dificultad probatoria y dice:

"A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega."

En definitiva, constatada la existencia del daño, hay que tener en cuenta la extraordinaria dificultad que plantea su cuantificación, lo que habilita al órgano judicial a su estimación, siempre que la reclamante haya realizado un esfuerzo probatorio suficiente y razonable en relación con las circunstancias concretas del caso.

La STJUE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 22 de junio de 2022 habilita la aplicabilidad en este caso del art. 17, apartado 1 de la Directiva 2014/104:



" El artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22, apartado 2, de la citada Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional."

A tal respecto, dicho art. 17.1 consagra la facultad de estimación judicial del daño:

Cuantificación del perjuicio

1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

Si bien esa facultad existe, la misma requiere de un mínimo soporte probatorio apto.

El informe que se acompaña a la demanda no sirve para determinar una cuantificación aceptable de un incremento en el precio de venta del vehículo derivado de las conductas colusorias sancionadas.

Consideramos que este informe no cumple con los requisitos mínimos que debe de tener un informe a los efectos de cuantificar un daño derivado de infracciones de Derecho de la Competencia.

Aunque ya hemos partido de que del propio texto de la Decisión de la CNMC y de las resoluciones judiciales que la interpretan, se puede deducir que ha existido un incremento de los precios derivados de la conducta cartelizada, no se puede llegar a una cuantificación, aunque sea por vía de determinación judicial del daño, si no se cuenta con un informe pericial que cumpla unas exigencias mínimas, con arreglo a las exigencias de las Directrices de la Comisión, o lo que es lo mismo, la falta de ese informe pericial impide suplirlo o subsanarlo con el recurso a la determinación judicial, la cual debe de partir de un informe que establezca una cuantificación en base a un método y base de datos que se pueda considerar lo suficientemente fiable a los efectos de las premisas que la propia Comisión patrocina.

Es más, hay que atender a la valoración de la actividad probatoria desarrollada y ello nos lleva también a entender que el informe presentado está totalmente desvirtuado por las alegaciones y consideraciones de la parte demandada y su informe pericial, que logra llegar al convencimiento judicial de la insuficiencia probatoria del informe de la parte demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, todo ello nos lleva a desestimar la demanda.

SEXTO.- No obstante la desestimación de la demanda, las dudas de índole jurídica y fáctica sobre la cuestión y la ausencia de jurisprudencia sobre este concreto cartel nos lleva a no hacer pronunciamiento en costas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando la demanda interpuestas por el Procurador Sr. Secades Alvarez, en nombre y representación de D. Fermín, contra RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.L., absuelvo a ésta de los pedimentos formulados en su contra.

Todo ello sin hacer pronunciamiento en costas.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por Sr./Sra. MAGISTRADO que la dictó, estando mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Donostia / San Sebastián, a 13 de octubre de 2022.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno



respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ