



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM MU 234/2023 - ECLI:ES:JMMU:2023:234**

Id Cendoj: **30030470032023100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **3**

Fecha: **02/02/2023**

Nº de Recurso: **112/2022**

Nº de Resolución: **19/2023**

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Defensa de la competencia (Art. 249.1.4 LEC)**

Ponente: **LEANDRO BLANCO GARCIA-LOMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 3

MURCIA

SENTENCIA: 00019/2023

-

AVD. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, 2ª PLANTA, 30011 MURCIA

Teléfono: 868023151/52/53/54/5 **Fax:** 868023159

Correo electrónico: mercantil3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: G02

Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 47 1 2022 0000347

OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000112 /2022

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Aurora

Procurador/a Sr/a. GUILLERMO NAVARRO LEANTE

Abogado/a Sr/a. JORGE DE PEDRO TORRES GUILLEN

DEMANDADO D/ña. PSAG AUTOMOVILES COMERCIAL ESPAÑA SA

Procurador/a Sr/a. ANTONIA MOÑINO MORAL

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA Nº 19/2023

En Murcia, a 2 de febrero de 2023.

Vistos por mí, don Leandro Blanco García-Lomas, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Murcia, los autos de Juicio Ordinario con número 112-ALF/2022, en el que es parte demandante doña Aurora , representada por el Procurador de los Tribunales don Guillermo Navarro Leante y asistida por el Letrado don Jorge Torres Guillén; y parte demandada la entidad mercantil PSAG Automóvil Comercial España, S.A. (en adelante, PSAG), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Antonia Moñino Moral y asistida por el Letrado don Eugenio Vázquez Gutiérrez (vista), en sustitución del Letrado don Jon Aurrekoetxea Garal (audiencia previa); habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (ACCIÓN FOLLOW ON), dicto la presente sentencia.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de abril de 2022, el Procurador de los Tribunales don Guillermo Navarro Leante, actuando en nombre y representación de doña Aurora , presentó demanda de juicio ordinario contra PSAG.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que la contestase, cosa que hizo la representación procesal de PSAG por medio de escrito presentado en este Juzgado el día 7 de junio de 2022.

El día 17 de octubre de 2022 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos, señalándose en ésta el día 30 de enero de 2023 como día para la celebración de la vista. La vista tuvo lugar el día indicado, en cuyo seno se practicaron los siguientes medios de prueba:

- a) Pericial de don Feliciano .
- b) Pericial de don Gabino .

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo las relativas al plazo para dictar sentencia, habida cuenta del volumen y complejidad de los asuntos de los que conoce este Juzgado, de la que esta sentencia es un claro exponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación y resolución del objeto controvertido.

A) Acción ejercitada en la demanda.

1. La parte demandante ejercita en la demanda una acción de responsabilidad extracontractual, derivada de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 23 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), resolución (en adelante, Resolución de la CNMC) que sirve de base a la pretensión encaminada a lograr el resarcimiento del daño causado como consecuencia del acuerdo colusorio a que se refiere la Resolución de la CNMC, y que la parte demandante cifra en la cantidad de 2.465,06 euros.

2. Se trata de la acción precursora de la denominada en la doctrina acción *follow on*, prevista en la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, 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 (en adelante, Directiva de daños), transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico 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 (en adelante, RD Ley 9/2017), y que consiste en una nueva acción, de cuantificación de los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, declaradas por la autoridad competente de defensa de la competencia, de ámbito comunitario, esto es, la Comisión Europea, que dulcifica los presupuestos de su aplicación, facilitando la prueba de la concurrencia de estos presupuestos.

3. En concreto, respecto de todos aquellos supuestos en los que se pretende la determinación del daño derivado de acuerdo colusorio declarado por el órgano supervisor de la competencia, y más en concreto, respecto de las Decisiones de la Comisión Europea, anteriores a la entrada en vigor de la Directiva de daños, el TS ha construido la doctrina relativa a que la acción a ejercitar para la cuantificación de los daños sea la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (en adelante, CC). Conviene tener presente cómo se ha llegado a esta construcción jurisprudencial, para luego poder analizar los presupuestos de la acción ejercitada en la demanda a la luz de la doctrina jurisprudencial, en el caso de que, como defiende la asistencia letrada de la parte demandada, no sea de aplicación al caso presente, la Directiva de daños.

B) Doctrina jurisprudencial del TS previa a la Directiva de daños.

4. Entiendo que resulta muy útil para la comprensión de la controversia, que nos detengamos, siquiera brevemente, en la evolución que las acciones de competencia han sufrido en nuestro país hasta el momento de la transposición de la Directiva de daños, ya que este breve recorrido por la historia de nuestros Tribunales nos ayudará a entender el estado en el que nos encontramos y nos permitirá afrontar en mejor condición la problemática del encaje de la acción *follow on* en el cártel de camiones.

B.1.- Situación anterior a la creación de los Juzgados de lo Mercantil.



5. En el recorrido por la historia de las acciones de defensa de la competencia, en nuestro país, hay un hito fundamental, que va a dividir este capítulo: la creación de los Juzgados de lo Mercantil, con una asignación tasada de competencias.

B.1.1.- Introducción.

6. Antes de entrar a analizar la evolución de las acciones de defensa de la competencia en nuestro país, hemos de tener presente un punto de partida fundamental, que afectará a la configuración de las citadas acciones. El punto de partida es que el derecho de defensa de la competencia tiene dos ámbitos a los que debe atender:

a) *Un plano público*, de protección de la libre competencia, constituido en uno de los pilares fundacionales de la Unión Europea, razón por la que todo el sistema de protección de la competencia se deposita en el actuar de órganos administrativos, ya sea la autoridad comunitaria de la competencia (la Comisión Europea), ya sea la autoridad nacional de la competencia (la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (en adelante, CNMC), que sustituyó al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC)). Estos órganos tienen una doble función: (i) tutelan el mercado desde una óptica del derecho público (*public enforcement*); y (ii) realizan una función de regulador del derecho de la competencia. Para asegurar esta última función, se les confiere a los citados organismos potestades de declaración de ilícitos anticompetenciales, de cesación de las conductas colusorias o anticompetitivas, y de sanción, como mecanismo de coerción, para garantizar la libre competencia. Estas potestades desvirtúan el comportamiento de los Tribunales, como veremos, pues éstos están encargados del ámbito privado de protección de la libre competencia, y obliga a establecer mecanismos de coordinación en la actuación de los órganos administrativos y judiciales. Ahora bien, en ningún caso se otorga a los órganos administrativos, como quiera que afecta al interés privado, potestad para conocer de la acción tendente a la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares.

b) *Un plano privado*, el plano de la actuación de los particulares, donde surge la necesidad de que un órgano declare la nulidad de los contratos que amparen actuaciones colusorias, o procedan a la reparación de los daños y perjuicios causados con las conductas anticompetitivas, dando lugar a las correspondientes acciones de responsabilidad. Es decir, se hace necesaria la presencia de órganos, no administrativos y distintos de las autoridades de competencia, que preserven y tutelen los intereses privados del mercado (*private enforcement*). Estos órganos son los jurisdiccionales.

7. Como se podrá ver, ha de existir una ordenada relación entre los dos planos, por cuanto que una conducta anticompetitiva puede afectar tanto al *public enforcement*, como al *private enforcement*. Este diálogo entre los dos planos es lo que ha provocado la mayor dificultad a la hora de configurar el sistema de acciones a ejercitar ante los Tribunales ordinarios, que, no olvidemos, actúan también como Tribunales encargados de velar por la correcta aplicación del Derecho Comunitario, y las Decisiones de la Comisión Europea forman parte del Derecho Comunitario.

B.1.2.- Antes del Reglamento 1/2003 .

8. Antes del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, Reglamento 1/2003), no encontramos en la normativa comunitaria ninguna norma, mucho menos un sistema, que vehiculara la manera en la que debía articularse la *private enforcement*, a qué órganos debía atribuirse la citada tutela y la manera en la que debía relacionarse con la *public enforcement*. El Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, TCE) no preveía ninguna norma al respecto, sino que únicamente se limitaba a conformar el sistema de protección de la libre competencia mediante la prohibición de los acuerdos colusorios, la prohibición del abuso de posición dominante, la prohibición de las concentraciones empresariales contrarias a la libre competencia y la prohibición de las ayudas estatales contrarias a la libre competencia (artículos 81 y 82 del TCE, actualmente artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)).

9. Lo anterior provocó que el diseño de la *private enforcement* se efectuara por la jurisprudencia del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE). El TJCE, con base en el artículo 81.2 del TCE, que declaraba la nulidad de pleno derecho de las conductas colusorias previstas en el artículo 81.1 del TCE, arbitró una acción declarativa de nulidad, cuyo conocimiento atribuyó a los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que éstos, conforme a la construcción comunitaria, estaban encargados de velar por la legalidad comunitaria, como órganos jurisdiccionales comunitarios que también eran.

10. En este sentido, podemos citar la STJCE de 28 de febrero de 1991 (asunto C-234/89, caso Delimitis/Henninger Bräu) y la STPICE de 18 de septiembre de 1992 (asunto T-24/90, caso Automec/Comisión). Esta última argumentaba que " *al prever expresamente esta sanción civil, el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al juez la facultad de proteger los derechos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la*



competencia". Es decir, fue la jurisprudencia comunitaria quien atribuyó a la justicia ordinaria la competencia para el *private enforcement*, lo que, desde luego, supone un obrar extraño para nuestro derecho.

11. No se limitó el TJCE a efectuar la anterior atribución competencial, sino que la STJCE de 30 de abril de 1998 (asunto C-230/96, caso Cabour y Nord Automobile/Arnor "SOCO") atribuyó a los órganos jurisdiccionales españoles la labor de " *apreciar conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias de la nulidad en virtud del art. 81.2 TCE* ". Es decir, correspondía a los Tribunales nacionales extraer, conforme al derecho nacional, todas las consecuencias que debieran extraerse de la declaración de nulidad que venía aneja a la declaración de una conducta anticompetitiva. Esta práctica, que no nos es del todo desconocida, por cuanto que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ha establecido la misma consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula contractual por abusiva, supuso, en aquel momento histórico, toda una novedad, por cuanto que obligaba a los órganos jurisdiccionales nacionales a encontrar la vía por la que se podía impetrar de los Tribunales la tutela propia del *private enforcement*, y, además, extraer todas las consecuencias que el derecho nacional permitía para garantizar esa tutela.

B.1.3.- *Después del Reglamento 1/2003* .

12. El Reglamento 1/2003 dotó de soporte normativo a lo que ya era práctica habitual en los Tribunales, y configuró la doctrina del TJCE, expuesta antes, como una doctrina con valor normativo. Así, el Reglamento 1/2003 reconoció expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación en el Estado del que eran nacionales, de los entonces artículos 81 y 82 del TCE (actuales artículos 101 y 102 del TFUE). Además, configuró un sistema de aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia, consistente en: (i) en primer lugar, los órganos jurisdiccionales nacionales deben de evaluar directamente si un acuerdo o práctica tiene o no el carácter de colusorio, conforme al artículo 81.3 del TJCE; (ii) en segundo lugar, si la respuesta a la pregunta anterior es positiva, el órgano jurisdiccional nacional deberá analizar si tal conducta colusoria es acorde a la regla de *minimis*, y versa sobre alguna de las materias contenidas en la lista negra; y (iii) en tercer y último lugar, deberá analizar si la referida conducta está o no amparada por un reglamento de exención, para concluir finalmente si procede o no declarar la nulidad de tal conducta. El Reglamento 1/2013 estableció, así, un sistema de excepción legal directamente aplicable.

13. El Reglamento 1/2003 también abordó la necesaria relación de coordinación entre la *public enforcement* y la *private enforcement*, estableciendo mecanismos de coordinación entre la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales.

B.1.4.- *Durante de la vigencia de la LDC de 1989*.

14. Al igual que ocurría con la regulación comunitaria antes del Reglamento 1/2003, en España, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC de 1989), tampoco abordó la manera en la que debía tutelarse la *private enforcement*. Únicamente contenía una disposición tangencial (artículo 13 de la LDC de 1989), que admitía la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las acciones de resarcimiento de daños derivadas de las conductas anticompetitivas:

" 1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles."

15. La LDC de 1989 también se planteó el mecanismo de colaboración o coordinación entre la autoridad nacional de la competencia (en ese momento, TDC) y los órganos jurisdiccionales españoles, optando por un sistema de prejudicialidad administrativa, de tal forma que la acción de resarcimiento de daños quedaba supeditada a la firmeza de la declaración en vía administrativa (o, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez revisada la decisión del TDC), de la conducta anticompetitiva.

16. El sistema establecido por la LDC de 1989 entró en crisis tras el sistema establecido por el Reglamento 1/2003, ya que nos encontrábamos con la anomalía de que un órgano jurisdiccional español era competente para conocer de una acción de responsabilidad civil derivada de un ilícito anticompetitivo, sin necesidad de esperar a la previa Decisión de la Comisión Europea declarando la ilicitud de la conducta, mientras que no era competente para conocer de esta acción sin esperar a la firmeza de la declaración de ilicitud del TDC.

17. Esta anomalía justificó una interpretación doctrinal más flexible, que interpretó el término " *podrá*" del artículo 13.2 de la LDC de 1989, en el sentido de permitir al particular perjudicado por una conducta



anticompetitiva, la opción de acudir a los órganos jurisdiccionales civiles para que éstos declararan la ilicitud de la conducta, la producción de daños al citado particular, y, en consecuencia, condenaran a los responsables de la citada conducta, a reparar los perjuicios sufridos por el citado particular.

18. Esta interpretación constó que tuviera acogida en nuestra jurisprudencia. En un primer momento, la STS nº 1262/1993, de 30 de diciembre (caso CAMPESA), consagró la tesis de la prejudicialidad administrativa del TDC, e incluso de la Comisión Europea, negando que los órganos jurisdiccionales españoles pudieran conocer de las acciones de resarcimientos de daños y perjuicios, sin que previamente se hubiera declarado el carácter anticompetitivo de una conducta por la autoridad nacional o comunitaria de la competencia.

19. Esta doctrina giró a partir de la STS nº 540/2000, de 2 de junio (caso DISA), que permitió que el órgano jurisdiccional español pudiera declarar la nulidad de un contrato de concesión mercantil por ser contrario al artículo 81.1 del TCE. El Tribunal Supremo (en adelante, TS) no hizo sino acoger la doctrina emanada del TJCE expuesta con anterioridad, doctrina que fue confirmada en la STS nº 202/2001, de 2 de marzo (caso MERCEDES-BENZ) y en la STS nº 232/2001, de 15 de marzo (caso PETRONOR).

B.1.5.- *Durante la vigencia de la LDC de 2007.*

20. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC de 2007), eliminó la exigencia de prejudicialidad administrativa que contenía el artículo 13.2 de la LDC de 1989, recogiendo de esta manera la doctrina ya consolidada del TS, que, a su vez, acogía la doctrina del TJCE.

B.1.6.- *Estado de la cuestión antes de la Directiva de daños.*

21. La creación en el año 2003 de los Juzgados de lo Mercantil, supuso un nuevo hito en la evolución de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles respecto de la normativa de defensa de la competencia, ya que, en el reparto de materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil, el artículo 86 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) establecía como materia competencia de estos Juzgados: " f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado".

22. Es decir, la atribución competencial anterior fue respetuosa con la atribución competencial que efectuó el Reglamento 1/2003, pero planteó la controversia relativa a que las acciones de defensa de la competencia de dimensión comunitaria, no eran, a juicio de esta distribución competencial, competencia de los Juzgados de lo Mercantil, sino de los Juzgados de Primera Instancia, lo que planteaba una dicotomía extraña.

23. Esta dicotomía extraña terminó con la Disposición Adicional 1ª de la LDC de 2007, que atribuyó a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer " de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley ". Esta Disposición Adicional 1ª de la LDC de 2007 se acogió en el artículo 86 ter.2 de la LOPJ, por medio de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre (en adelante, LO 13/2007), señalando como competencia de los Juzgados de lo Mercantil: " f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como de los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la competencia".

24. En consecuencia, tras toda la tramitación anterior, nos encontramos con que, al final de esta evolución, la *private enforcement* se ha encargado a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes son competentes para conocer de todos los procedimientos previstos en los artículos 101 y 102 del TFUE (prohibición de los acuerdos colusorios y prohibición de abuso de posición dominante), para lo cual están revestidos de competencia para conocer no sólo de las acciones declarativas de nulidad de los acuerdos colusorios o de los actos realizados con abuso de posición de dominio, en las relaciones entre particulares, y sin que exista ninguna prejudicialidad administrativa, sino también de las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por las anteriores conductas anticompetitivas.

25. En cambio, la normativa no dejaba definido el modo en el que se podía hacer valer las acciones anteriormente señaladas, principalmente por el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Esta indefinición obligó, como veremos, a un esfuerzo jurisprudencial de condensación de la doctrina comunitaria, y de especificación de las herramientas procesales con las que contaban los perjudicados para hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

B.2.- Acciones.

26. Una vez establecido el sistema de tutela de la *private enforcement*, y el mecanismo de relación o coordinación con la tutela de la *public enforcement*, hemos de dar el siguiente paso, cual es la descripción breve de las acciones que se pueden ejercitar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En esta descripción, pueden destacarse dos grandes grupos de acciones a ejercitar: (i) acciones de nulidad, que pretenden dejar sin

efecto el negocio jurídico a partir del cual se produce el efecto anticompetitivo; y (ii) acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de los actos infractores de la normativa protectora de la libre competencia, articuladas en España a través de las acciones de responsabilidad civil.

B.2.1.- Nulidad.

27. De estas acciones podemos destacar los siguientes apartados:

a) Objeto:

a.1.- Esta acción está prevista para los supuestos en los que la conducta anticompetitiva, fundamentalmente, la prohibición de acuerdos colusorios o la prohibición de abuso de posición dominante, se materializa a través de un contrato. En este caso, el perjudicado, parte contractual, ejercita esta acción de nulidad, bien del contrato, bien de una determinada cláusula contractual, para que el contrato, o la cláusula contractual, que condensa la conducta anticompetitiva, deje de tener efectos vinculantes. Anudada a esta acción, puede estar la acción de restitución de las prestaciones e, incluso, en el caso de que la conducta cause un perjuicio a la parte contractual, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios prevista en los artículos 1.101 del Código Civil (en adelante, CC).

a.2.- La construcción de esta acción se funda en lo establecido en los artículos 101.2 del TFUE ("*Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho*") y 1.2 de la LDC de 2007 ("*son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidas en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley*"), que declaran nulo de pleno derecho el contrato, o la cláusula contractual, que implique un acuerdo colusorio, artículos que no son más que la reproducción de lo establecido, con carácter general, en el artículo 6.3 del CC. También podría justificarse la acción de nulidad en el artículo 1.255 del CC, ya que la normativa de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC de 2007 tiene carácter imperativo, y, conforme al artículo 1.255 del CC, los pactos contractuales que contravengan una norma imperativa, son nulos de pleno derecho.

a.3.- Pese a que los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC de 2007 no establecían expresamente la nulidad de los contratos, o cláusulas contractuales, que constituyeran una manifestación de un abuso de posición dominante, la extensión de la solución prevista para los acuerdos colusorios se elaboró a partir de la jurisprudencia. La sentencia pionera en este sentido, respecto del entonces artículo 86 del TCE (actual artículo 102 del TFUE), fue la STJCE de 25 de octubre de 1979 (asunto C-22/79, caso Greenwilch Film contra Société des auteurs, compositeurs et editeurs de musique (SACEM) y Société des éditions Labrador), ya que extendió la sanción de nulidad a las cláusulas contractuales o acuerdos que supusieran una manifestación de un abuso de posición dominante. La *ratio decidendi* de la citada STJCE nos permite entender que la solución contenida en esta sentencia también podía predicarse del artículo 2 de la LDC de 2007.

a.4.- De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico procesal, la tutela de nulidad a que me estoy refiriendo puede hacerse valer, bien por vía de acción, ejercitada en la demanda; bien como excepción de nulidad del negocio jurídico, en la contestación a la demanda, la cual deberá tramitarse conforme a lo previsto en el artículo 408.2 de la LEC. La estimación de la excepción material de nulidad del negocio jurídico base de la conducta anticompetitiva, produce, por mor de los artículos 408.3 y 222 de la LEC, el mismo efecto de cosa juzgada que la sentencia que estime la acción de nulidad contenida en la demanda.

b) *Legitimación activa*: la construcción jurisprudencial ha determinado la atribución de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, en los siguientes casos:

b.1.- *A instancia de quien haya sido parte contractual*: el fundamento de esta legitimación activa lo podemos encontrar en el perjuicio sufrido como consecuencia del contrato, o cláusula contractual, que produce efectos anticompetitivos.

b.2.- *De oficio por el Tribunal*: el fundamento de esta legitimación activa se encuentra en el carácter de orden público e imperativo de la normativa de defensa de la competencia. Así, en el ámbito comunitario, recogieron esta doctrina tanto la STJCE de 14 de diciembre de 1995 (asunto C-430/93, caso Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), como la STJCE de 20 de septiembre de 2001 (asunto C-453/99, caso Courage y Crehan); y, en el ámbito nacional, la STS nº 540/2000, de 2 de junio ("*en nuestro sistema la nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 del Código Civil es apreciable por los Tribunales incluso de oficio*").

b.3.- *Cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato*: la atribución de legitimación activa precisa de la concurrencia de que el tercero, aunque sea el causante de la nulidad, ostente un interés legítimo, al igual que establece el artículo 10 de la LEC.

c) *Alcance de la nulidad*: la nulidad que puede declararse puede ser parcial o total:



c.1.- *Nulidad parcial*: cabe declarar la nulidad parcial del negocio jurídico que sirve de base a la conducta anticompetitiva, cuando es posible que el contrato subsista sin la cláusula contractual determinante de la nulidad, y la nulidad total del contrato se erige en perjuicio del perjudicado por la conducta anticompetitiva.

c.2.- *Nulidad total*: la STS nº 989/2007, de 3 de octubre, entiende que debe acordarse la nulidad total en los siguientes casos: (i) cuando el contrato, sin la cláusula contractual declarada nula, no tiene ningún significado económico; (ii) cuando el contrato, sin la cláusula contractual declarada nula, constituye un negocio jurídico distinto del negocio que constituía el contrato íntegro; y (iii) cuando no hubiera indicios o referencias para saber la regulación contractual que hubieran querido las partes.

d) *Restitución de lo pagado*:

d.1.- Uno de los efectos propios de la acción de nulidad contractual, conforme al artículo 1.303 del CC, es la restitución recíproca de las prestaciones.

d.2.- El artículo 1.308 del CC configura este efecto como una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo, lo que implica que una de las partes no puede ser obligada a realizar la restitución mientras la otra no lo haya efectuado. La regla general del artículo 1.303 del CC tiene como excepción el artículo 1.306 del CC, que establece que la parte contractual que sea culpable de la nulidad no podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que la otra parte le hubiera prometido.

d.3.- Por el contrario, para que la nulidad lleve consigo la privación de la restitución de lo pagado del artículo 1.303 del CC, es necesario que concurren dos elementos: (i) la infracción objetiva de la ley, germen de la nulidad contractual; y (ii) un elemento subjetivo, consistente en que alguna de las partes contractuales conociera las circunstancias de las que deriva la nulidad, y tuviera conciencia de la ilicitud anterior o hubiera debido tenerla. Esta es la doctrina de la causa torpe del artículo 1.306 del CC, que también fue acogida por la STJCE de 20 de septiembre de 2001 (asunto C-453/99, caso Courage y Crehan), que consideró que la normativa comunitaria no se oponía a que los órganos jurisdiccionales nacionales velasen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento injusto o sin causa a los beneficiarios o que impida a un justiciable beneficiarse de su propio comportamiento ilícito cuando este último haya sido comprobado.

B.2.2.- *Responsabilidad civil*.

28. Los comportamientos previstos en los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC de 2007, pueden provocar daños que necesariamente deben resarcirse. En la configuración de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, se discutió en la doctrina si el origen de estos daños se encontraba en el incumplimiento del contrato, en cuyo caso estaríamos ante la responsabilidad civil contractual, o, por el contrario, el origen se encuentra en el ilícito anticoncurrencial, con su afectación no sólo privada, sino también pública, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

29. La respuesta a esta problemática la encontramos en nuestro derecho, en la STS nº 137/2010, de 18 de marzo, y en la STS nº 528/2013, de 4 de septiembre. Ambas sentencias concluyeron, sin un mínimo de argumentación más que la remisión a lo resuelto por el órgano jurisdiccional *a quo*, que el fundamento de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la conducta anticompetitiva, es precisamente la citada conducta, y no el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato, o cláusula contractual, declarada nula. Es decir, establecieron que el origen de los daños y perjuicios era la conducta anticompetitiva que vulneraba el principio del *alterum non laedere*, lo que permitía concluir que estábamos ante una acción de responsabilidad civil extracontractual propia del artículo 1.902 del CC.

30. Esta acción, de responsabilidad civil aquiliana o extracontractual, se regía por los presupuestos típicos de la citada acción, que según la STS nº 724/2008, de 17 de julio, eran la existencia de una acción u omisión culpable o negligente, la producción de un resultado lesivo o dañoso, efectivo y evaluable económicamente, y el nexo de causalidad entre dicho acto humano y el resultado dañino.

31. Llevados estos presupuestos a un acuerdo colusorio, la acción u omisión culpable o negligente vendría determinada por el acuerdo, la recomendación o la práctica concertada o conscientemente paralela, que fuera apta para afectar, de manera significativa, el mercado comunitario o nacional, y afectare a alguna de las materias recogidas en las listas negras de los artículos 101.1 del TFUE o 1.1 de la LDC de 2007; la producción de un resultado lesivo o dañoso, efectivo y evaluable económicamente, sería el perjuicio que ha dado lugar al ejercicio de la acción; y el nexo de causalidad entre el acto humano y el resultado dañoso, presupuesto que exigirá un esfuerzo probatorio para acreditar esa relación causal, en el sentido de acreditar que el daño tiene su causa eficiente precisamente en la conducta anticompetitiva, y que puede dar lugar a la defensa del *passing on*, como forma de eludir la responsabilidad por falta del nexo causal. En este sentido, la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, argumenta de esta forma la posible afectación al presupuesto del nexo causal por la defensa



del *passing on*: " Lo cual, por otra parte, es lógico pues la competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba a la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida".

32. Lo mismo podríamos decir en el caso de la conducta consistente en el abuso de posición dominante.

33. Ahora bien, ni la legislación nacional ni comunitaria, articularon los mecanismos de relación entre la tutela de la *public enforcement* y la tutela de la *private enforcement*, ni establecieron la manera en que la declaración de anticompetitiva de una conducta por una autoridad de la competencia, podía afectar a la decisión de los órganos jurisdiccionales nacionales, en el sentido de si debían respetar necesariamente el estado de cosas establecido por la citada autoridad de la competencia, o podía discutir la declaración de la autoridad administrativa. Este estudio se efectuó por primera vez en la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, sentencia en la que por primera vez se nombra a las denominadas *follow on claims*, es decir, las acciones que son objeto de esta sentencia.

B.3.- STS nº 651/2013, de 7 de noviembre (caso del cártel del azúcar).

34. La importancia de esta sentencia, a los efectos de esta sentencia, radica en que el TS, al tratar de solucionar la relación existente entre la tutela de la *public enforcement* y la *private enforcement*, así como la vinculación o no de las decisiones de las autoridades de competencia, en particular del TDC, sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles, se refirió de manera relevante a las que denominó *follow on claims*. La referencia a las acciones *follow on* es significativa porque el marco jurídico en el que se movía la citada sentencia, era la de la prejudicialidad administrativa del artículo 13.2 de la LDC de 1989, y pese a ese marco jurídico, esgrime la necesidad de acudir a las citadas acciones. En este sentido, es muy llamativo que define la acción *follow on* como aquella en la que " los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva".

35. El hecho de que se deba respetar la base fáctica de la decisión de la autoridad de la competencia, supone la atribución al perjudicado de una herramienta que facilita la prueba de la concurrencia de los elementos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, ya que la acción u omisión vendrá acreditada precisamente por la declaración de conducta anticompetitiva efectuada por la autoridad de la competencia. No obstante, conviene a la comprensión del excurso que mantengo en este fundamento de derecho, que nos detengamos en la lectura de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre.

36. En la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, se planteó el problema de si la base fáctica de una decisión del TDC, relativa a un acuerdo o práctica conscientemente paralela, colusoria, de fijación de precios, podía producir o no el efecto de cosa juzgada en la decisión del órgano jurisdiccional español. Esta pregunta se planteaba a la vista de la doctrina del TS relativa a la cosa juzgada del artículo 222.4 de la LEC, que predicaba el efecto de cosa juzgada respecto de resoluciones judiciales firmes, pero no respecto de resoluciones dictadas por otros órdenes jurisdiccionales, en este caso, el TDC.

37. No obstante, dado que entendía necesario tener en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada, que la definía como una *follow on claim*, el TS consideraba que la doctrina que habían mantenido al respecto de la cosa juzgada y el artículo 222.4 de la LEC, debía revisarse cuando se trataba de un acuerdo colusorio o un supuesto de abuso de posición dominante, y teníamos la declaración de nulidad del acuerdo o de la conducta basada en el abuso de posición dominante, efectuada por la autoridad de la competencia. Y en esta revisión, partió de la doctrina emanada de la STC nº 192/2009, de 28 de septiembre, que indicó que " Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3)". Ahora bien, la citada STC fijó como alcance de la vinculación el siguiente: " Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a



dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero , F. 4)".

38. En consecuencia, esta vinculación se refiere al respeto de los hechos declarados probados y que, si se quiere apartar de tales hechos, es preciso motivar la razón por la que entiende el órgano jurisdiccional que opera tal separación. En consecuencia, deberá respetarse la base fáctica de la decisión administrativa, lo que implica el pleno respeto " *a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial y la consideración de su gravedad, tal como han sido fijados por la sentencia firme recaída en vía contencioso-administrativa*". Por tanto, en el caso de un acuerdo colusorio relativo a la fijación de precios, que parece ser el mismo que guió la Decisión de la CE en el caso del cártel de camiones, un órgano jurisdiccional no puede apartarse de la declaración fáctica contenida en la citada Decisión, ya que " *Esa es la práctica restrictiva de la competencia prohibida por la normativa tanto nacional como comunitaria, y esa es la base fáctica sobre la que ha de partirse para la resolución de la reclamación*".

39. En consecuencia, parece que la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, estableció las bases para el reconocimiento, que llegó con la Directiva de daños, de las acciones *follow on*, en nuestro ordenamiento jurídico.

C) Directiva de daños.

40. Desde un punto de vista comunitario, la compatibilidad, e incluso inescindibilidad, de los pronunciamientos declarativos de infracción de la normativa de defensa de la competencia y los pronunciamientos resarcitorios, ha sido admitida por el TJUE, incluso antes del Reglamento 1/2003, como argumentó la STJCE de 30 de abril de 1998 (asunto C-230/91, caso Cabour y Nord Automobile/Arnor "SOCO"), al señalar que la competencia de los tribunales de la jurisdicción ordinaria no quedaba reducida a sancionar con nulidad las cláusulas contractuales contrarias al anterior artículo 81 del TCE y actual artículo 101 del TFUE, sino que se extendía también a " *apreciar conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias de la nulidad en virtud del art. 81.2 TCE*". En este mismo sentido se habían pronunciado la STJCE de 28 de febrero de 1991 (asunto C-234/89, caso Delimitis/Henninger Bräu) y la STPIUE de 18 de septiembre de 1992 (asunto T-24/90, caso Automec/Comisión).

41. En consecuencia, para el Derecho Comunitario las acciones *follow on* no son acciones desconectadas de los procedimientos relativos a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, sino que son acciones que forman parte del alcance o ámbito de dichos procedimientos. Y así parece haberlo entendido la Directiva de daños, al regular las acciones *follow on*. En este sentido, es muy llamativa la STJUE de 6 de octubre de 2021 (asunto C-882/19, caso Sumal), cuando argumenta:

" *32 Procede recordar, de entrada, que el artículo 101 TFUE, apartado 1, produce efectos directos en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (sentencias de 30 de enero de 1974, BRT y Sociétés belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 127/73, EU:C:1974:6 , apartado 16, y de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C724/17 , EU:C:2019:204 , apartado 24 y jurisprudencia citada).*

33 La plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C453/99 , EU:C:2001:465, apartado 26 , y de 14 de marzo de 2019 , Skanska Industrial Solutions y otros, C724/17 , EU:C:2019:204 , apartado 25).

34 Así pues, cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE (sentencias de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, C295/04 a C298/04 , EU:C:2006:461 , apartado 61, y de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C724/17 , EU:C:2019:204 , apartado 26 y jurisprudencia citada), habiendo de señalarse que la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión (sentencia de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C724/17 , EU:C:2019:204 , apartado 28).

35 Este derecho que asiste a toda persona de solicitar la reparación de ese perjuicio refuerza la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una



competencia efectiva en la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C453/99, EU:C:2001:465, apartado 27, y de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions* y otros, C724/17, EU:C:2019:204, apartado 44 y jurisprudencia citada).

36 En efecto, más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión, que tiene el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado FUE y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française* y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 105). Así pues, esta apertura no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alega haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular, en beneficio de los consumidores.

37 De cuanto antecede se sigue que, al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos (sentencia de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions* y otros, C724/17, EU:C:2019:204, apartado 45)."

C.1.- Régimen de la Directiva de daños.

42. La Directiva de daños, conforme a su artículo 1, tiene como objeto articular la manera en que "cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación". Es decir, la Directiva de daños aborda de manera definitiva la necesaria coordinación entre la tutela de la *public enforcement* y la tutela de la *private enforcement*, y lo hace estableciendo "normas que coordinan la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales".

43. En definitiva, la Directiva de daños aborda, ahora ya desde un plano legislativo, la problemática de la vinculación de la decisión de una autoridad de la competencia a los órganos jurisdiccionales nacionales, y lo hace simplificando, como veremos, los presupuestos de ejercicio de la acción de resarcimiento de daños, convirtiendo esta acción, que era una típica acción resarcitoria por culpa, en una acción cuasi-objetiva de responsabilidad, en la que el ámbito de actuación se limita a la cuantificación de los daños y perjuicios y la defensa del *passing on*. Es decir, articula por primera vez en el Derecho comunitario el concepto, el alcance y los efectos de las acciones *follow on*.

C.1.1.- Concepto.

44. La Directiva de daños, a la hora de definir las acciones denominadas *follow on*, parte de un principio o máxima fundamental, contenido en el artículo 3, a la que responde la normativa de las acciones *follow on*, que es que todo perjudicado por una infracción del Derecho de la competencia tiene derecho al pleno resarcimiento, esto es, tiene derecho a "reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio". El pleno resarcimiento se entiende como la obligación de "devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia". Como vemos, este principio de pleno resarcimiento no dista mucho, por no decir nada, del principio de indemnidad o resarcimiento íntegro del daño que ha construido la jurisprudencia a raíz de las acciones de responsabilidad civil extracontractual (STS nº 568/2013, de 30 de septiembre, entre otras).

45. El pleno resarcimiento comprende, de conformidad con el artículo 3.3 de la Directiva de daños, "el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses", excluyendo la sobrecompensación "mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo". Sigue hasta aquí el esquema clásico de indemnización por daño previsto también en nuestra doctrina jurisprudencial (STS nº 589/2007, de 31 de mayo, entre otras).

46. Ahora bien, lo que diferencia el sistema introducido por la Directiva de daños de nuestra clásica acción de responsabilidad civil extracontractual, es el efecto de las decisiones de las autoridades de competencia sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales, los elementos para el ejercicio de las acciones *follow on* y la facilidad probatoria para la cuantificación de los daños y perjuicios. Veamos estos elementos:

a) *Efecto de las decisiones de las autoridades de competencia sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales*: el artículo 9.1 de la Directiva de daños invita a los Estados miembros a velar "por que se considere 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 considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional". La irrefutabilidad de la constatación de una infracción del Derecho de la competencia implica, como señala el artículo 9.2 de la Directiva de daños, que la decisión de la autoridad nacional de competencia supone un principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, no siendo necesario, por tanto, acreditar el elemento de la acción u omisión dolosa o culposa de las acciones de responsabilidad civil extracontractual.

b) *Elementos para el ejercicio de las acciones follow on* :

b.1.- La declaración anterior tiene suma importancia, por cuanto que el artículo 17.2 de la Directiva de daños establece la presunción de que las infracciones de cárteles " *causan daños y perjuicios*", asistiendo al infractor " *el derecho a rebatir esa presunción*". En consecuencia, parece que se objetiva la responsabilidad civil derivada de un ilícito anticoncurrencial, como ha ocurrido con la moderna doctrina de la responsabilidad civil extracontractual, basada en la teoría del riesgo (STS nº 208/2019, de 5 de abril, entre otras), que, si bien no llega al punto de objetivar completamente la responsabilidad, sí que facilita el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual, al limitar la necesidad de prueba a la acreditación del nexo causal entre una acción u omisión y el daño causado, para que una vez efectuada esa acreditación, se invierta la carga de la prueba y tenga que ser la parte demandada quien acredite que no actuó dolosa o culposamente, o que rompa ese nexo causal. En el caso de las acciones *follow on*, tal y como están reguladas en la Directiva de daños, la presunción anterior implica que, declarada la infracción del Derecho de la competencia por una autoridad de la competencia o por un órgano jurisdiccional, se entiende que la misma ha causado daños, esto es, que concurre el nexo causal entre la acción u omisión y el daño, debiendo el infractor romper ese nexo causal o discutir la fijación de los daños.

b.2.- Por tanto, al infractor, una vez declarada la infracción del Derecho de la competencia, únicamente le queda la defensa del *passing on*, que implica que pueda invocar " *como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte de sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia*", incumbiéndole " *La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió*", para lo cual " *podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros*". Debe tenerse en cuenta que la defensa del *passing on*, implica el reconocimiento del daño por parte del infractor que la invoca, ya que si se ha repercutido un sobrecoste es porque ha habido un sobrecoste, y si ha habido un sobrecoste es que ha habido un daño.

b.3.- El artículo 12.1 de la Directiva de daños prevé la posibilidad de que las acciones *follow on* se ejerciten por el comprador directo o indirecto, previendo la posibilidad de que el comprador indirecto acredite que se le repercutió el coste siempre que: (i) " *el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia*"; (ii) " *la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado*"; y (iii) " *el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran*". Esta previsión no se aplicará " *cuando el demandado pueda demostrar a satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto*". Así, el artículo 15 de la Directiva prevé la posibilidad del ejercicio de acciones *follow on* por demandantes que se encuentren situados en distintos niveles de la cadena de suministro.

c) *Facilidad probatoria para la cuantificación de los daños y perjuicios*: dado que el legislador comunitario era consciente de las dificultades que presentan la prueba y la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado, ha tratado de facilitar su prueba mediante la norma del artículo 17.1 de la Directiva de daños, estableciendo como principio, derivado de los principios de efectividad y equivalencia contenidos en el artículo 4 de la Directiva de daños, que 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*". En cumplimiento de este principio, el artículo 17.1 de la Directiva de daños faculta a los órganos jurisdiccionales 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*". Es decir, facilita la prueba al reducir el estándar de prueba a la estimación de daños y perjuicios y no su exacta cuantificación. En esta labor de cuantificación y estimación, un órgano jurisdiccional nacional, a tenor del artículo 17.3 de la Directiva de daños, puede pedir el asesoramiento de una autoridad nacional de la competencia.

47. Una vez establecidos los elementos y efectos de las acciones *follow on*, tal y como están reguladas en la Directiva de daños, el siguiente paso consiste en fijar las normas procesales de ejercicio de tales acciones:

a) *Plazo para su ejercicio*: el artículo 10.3 de la Directiva de daños establece que el plazo mínimo para el ejercicio de las acciones *follow on* será de cinco años, sin especificar si el plazo es de prescripción o de caducidad, o de cualquier otra naturaleza. La referencia a la suspensión o, en función del Derecho nacional, a la interrupción del plazo, " *si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños*", a que se refiere el artículo 10.4 de la Directiva de daños, nos hace pensar que estamos ante un plazo de prescripción. En todo caso, " *La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma*". Por último, debemos tener presente que el artículo 10.2 de la Directiva de daños señala que " *Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio; y c) la identidad del infractor*".

b) *Legitimación activa*: ya he señalado que pueden ejercitar las acciones *follow on* los compradores directos o indirectos, así como el ámbito de actuación de los compradores indirectos, por lo que me remito a lo ya argumentado.

c) *Legitimación pasiva*:

c.1.- El legitimado pasivo es el infractor del Derecho de la competencia. En el caso de que sean varios los infractores, el artículo 11.1 de la Directiva de daños prevé que éstos sean " *conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada*". No es éste el momento para estudiar el tipo de solidaridad establecida por esta norma, pero basta aquí con saber que la acción *follow on* se puede dirigir contra todos los integrantes de un acuerdo colusorio o contra cualquiera de ellos o contra dos de ellos.

c.2.- Ahora bien, en el caso de que el infractor sea una pequeña o mediana empresa (pyme) conforme a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión Europea, el artículo 11.2 de la Directiva de daños habilita al infractor para ser responsable únicamente antes sus propios compradores directos e indirectos, rompiendo la regla de la solidaridad, si: (i) " *su cuota de mercado en el respectivo mercado era inferior al 5% en todo momento durante la infracción del Derecho de la competencia*"; y (ii) " *la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria mermarían irremediablemente su viabilidad económica y causaría una pérdida de todo el valor de sus activos*". Esta regla no será de aplicación, conforme al artículo 11.3 de la Directiva de daños, cuando: (i) " *la pyme hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción*"; o (ii) " *la pyme hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia*".

c.3.- El beneficiario del procedimiento de clemencia, conforme al artículo 11.4 de la Directiva de daños, también puede excluir la responsabilidad conjunta y solidaria a que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva de daños, limitando su responsabilidad conjunta y solidaria: (i) " *ante sus compradores o proveedores directos o indirectos*"; y (ii) " *ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia*".

c.4.- Por último, el artículo 11.5 de la Directiva de daños articula una especie de acción de regreso o repetición de un infractor respecto del otro, carácter propio de las obligaciones solidarias, aunque tal y como está articulada esa acción (" *Los Estados miembros velarán por que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa al perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia*"), parece que se refiere a un supuesto de solidaridad impropia.

C.1.2.- *Acciones stand alone*.

48. En el caso de que no tengamos la declaración por parte de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional, de la infracción del Derecho de la competencia, no estaríamos ante el presupuesto de base de las acciones *follow on*, y es que se presume que la infracción del Derecho de la competencia ha producido un daño que debe resarcirse. En estos casos, será necesario, para poder ejercitar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la infracción del Derecho de la competencia, la previa declaración de infracción, lo que obliga a ejercitar, conjuntamente con la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, una acción de nulidad de las señaladas a lo largo de este capítulo. Es decir, las acciones *stand alone*, como señala la doctrina, son aquellas en las que no intervienen previamente las autoridades de la competencia.



49. La Directiva de daños no dedica su atención a las acciones *stand alone*, pero no debe haber ningún problema en que, una vez declarada la infracción del Derecho de la competencia, se produzca la presunción de causación de daños, y que, por tanto, apliquemos las disposiciones anteriormente señaladas a propósito de la Directiva de daños, respecto de las acciones *follow on*.

C.2.- Transposición al derecho español.

50. El RD Ley 9/2017 supuso la oportunidad para que el legislador español reconociera por primera vez en nuestro derecho, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios que ya eran objeto de ejercicio ante los Tribunales. En concreto, el RD Ley 9/2017 añadió un nuevo apartado 3 a la Disposición Adicional 4ª de la LDC de 2007, en la que define la "acción por daños" como "toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios".

51. Asimismo, el artículo 71 de la LDC de 2007 recoge estas acciones de resarcimiento de daños:

" 1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados.

A efectos de este título:

Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o de los arts. 1 y 2 de la LDC ."

52. Esta disposición permite afirmar que nuestro derecho recoge tanto las acciones *follow on* como las acciones *stand alone*, ya que no distingue según haya habido o no intervención previa de la autoridad de la competencia. Lo que sí regulan los nuevos artículos 72 y siguientes de la LDC de 2007, son las mismas consecuencias de la Directiva de daños respecto de la declaración por una autoridad de la competencia, de la infracción del Derecho de la competencia, por lo que, constando la citada declaración, estaríamos ante los presupuestos e inversión de la carga de la prueba ya estudiados al respecto de las acciones *follow on* y la Directiva de daños.

53. Igualmente, la nueva regulación de los artículos 71 y siguientes de la LDC de 2007 permite que el ejercicio de una acción de resarcimiento de daños, *follow on* o *stand alone*, se efectúe por medio de una acción individual o por medio de una acción colectiva, dando lugar, en este último caso, a lo que se conoce como una *class action*, a la que se refiere el apartado 3 de la Disposición Adicional 4ª de la LDC de 2007.

D) Derecho transitorio.

54. El problema que plantea la transposición de la Directiva de daños a nuestro derecho, es que se hizo fuera del plazo establecido para el Estado español en el artículo 21 de la Directiva de daños, y que tiene un ámbito temporal de aplicación previsto en el artículo 22 de la Directiva de daños, que proscribía el efecto retroactivo de las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños. Lo anterior permite abrir la discusión a tratar más adelante, de la aplicación transitoria de la citada Directiva, así como de la posibilidad o no de aplicación a las demandas en las que se ejerciten acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados del sobrecoste producido por el cártel de camiones, de las disposiciones de la Directiva de daños relativas a las acciones *follow on*, habida cuenta de que tenemos la declaración de infracción del cártel de camiones efectuada por la Decisión de la CE, y esta declaración permitiría al perjudicado por el sobrecoste en la adquisición de un camión, si fuera posible ejercitar una acción *follow on*, presumir el daño, invertir la carga de la prueba y acogerse al sistema de estimación para la cuantificación del daño. Esto, sin duda, facilitaría la resolución de las múltiples controversias que se están planteando en los Tribunales.

D.1.- El principio de interpretación conforme.

55. Toda disquisición sobre la aplicación en el tiempo de la Directiva de daños debe partir de la consideración de que el RD Ley 9/2017, norma que obró el mecanismo de transposición de la citada directiva a nuestro ordenamiento jurídico, y que entró en vigor el día 27 de mayo de 2017, contiene una Disposición Transitoria 1ª que establece que las disposiciones del citado RD Ley 9/2017 no se aplicarán con carácter retroactivo. En consecuencia, conforme a la citada disposición transitoria, no podemos acudir a la normativa indicada para la cuantificación de los daños y perjuicios derivadas de infracciones cometidas antes del día 27 de mayo de 2017.

56. Para atender a cuándo una infracción es o no anterior a la entrada en vigor del RD Ley 9/2017, la doctrina se divide entre los que entienden que debemos de estar a la fecha de la realización de la conducta, y quienes entienden que debemos de estar a la fecha en que se dictó la Decisión de la CE. Pese a que existe alguna



resolución judicial partidaria del primer criterio (SJM nº 7 de Barcelona, de 29 de enero de 2019), lo cierto es que el criterio mayoritario de los autores y la jurisprudencia es el segundo, y esto por los siguientes motivos: (i) la Decisión de la CE no integra los hechos, no los define, sino que se limita a constatar la existencia de la infracción, del acuerdo colusorio; y (ii) en las acciones *stand alone*, la fecha que debemos tener en cuenta es la de la cesación de la infracción. En este sentido, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en las Conclusiones del Abogado General de 28 de octubre de 2021, en el asunto C- 267/20, el Abogado General del TJUE opta claramente por el primero de los criterios, y esto con base en los siguientes argumentos:

" 43. Para empezar, debo señalar que el tenor del artículo 22 de la Directiva 2014/104 suscita dudas en cuanto al ámbito de aplicación temporal de determinadas disposiciones de esta Directiva. Más concretamente, el mencionado artículo no identifica qué disposiciones -de entre las que contiene dicha Directiva- son de naturaleza «sustantiva» o «procesal». Por otra parte, no se establece con suficiente claridad el alcance de la prohibición de la aplicación con efecto retroactivo de las disposiciones sustantivas. Ello ha motivado enfoques divergentes entre los Estados miembros al transponer la misma Directiva, circunstancia que supone un riesgo de menoscabo tanto del objetivo de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la competencia de la Unión (16) como del imperativo de seguridad jurídica. (17)

44. Por otra parte, considero que adoptar la interpretación del demandante supondría aplicar retroactivamente disposiciones sustantivas respecto a las cuales el legislador de la Unión no ha previsto un efecto retroactivo. Se produciría así una situación que menoscabaría los objetivos de previsibilidad y de uniformidad perseguidos por el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 . Ahora bien, tal interpretación podría hacer «renacer» acciones potencialmente ya prescritas antes de la entrada en vigor de la norma nacional de transposición. (18)

45. En cuanto atañe al criterio de la fecha de la sanción impuesta por la Comisión, he de reconocer que, habida cuenta de que el presente asunto se enmarca en la aplicación privada del Derecho de la competencia («private enforcement») y, más concretamente, versa sobre una reclamación de daños y perjuicios presentada a raíz de una infracción del Derecho de la competencia constatada por una autoridad de la competencia (una acción de responsabilidad del tipo «follow-on»), puede plantearse la cuestión de si el criterio que debe aplicarse para determinar el momento en el que la situación jurídica se consolidó debe vincularse, más bien, a la adopción de la decisión de la Comisión que declaró la existencia de la infracción. En efecto, en el marco de las acciones de responsabilidad del tipo «follow-on», la situación jurídica de la parte perjudicada no solo está vinculada a, sino que depende intrínsecamente de, la declaración de existencia de la infracción por una autoridad de la competencia, que constituye una fase previa primordial para que aquella pueda ejercer su derecho a obtener un resarcimiento.

46. Ha de señalarse a este respecto que tomar como punto de referencia temporal únicamente la fecha del perjuicio sufrido o la de la infracción cometida para determinar el momento en que se ha consolidado la situación jurídica constituye, ciertamente, un planteamiento pertinente en el marco de la aplicación pública del artículo 101 TFUE («public enforcement»), como pone de manifiesto el artículo 25 del Reglamento n.º 1/2003 , o en el marco de las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de la existencia de una decisión de una autoridad de la competencia por la que se declara la existencia de una infracción («stand-alone actions»), si bien podría llegar a situarse fuera del marco conceptual y contextual de las acciones de responsabilidad del tipo «follow-on», que presuponen la existencia de una decisión de una autoridad de la competencia y utiliza esta última como fundamento de su reclamación.

47. No obstante, aun cuando la argumentación que acaba de exponerse parece sensata, no es posible aceptarla.

48. En primer lugar, ha de observarse que el principio general de irretroactividad constituye un corolario del principio de seguridad jurídica. La exigencia del principio de seguridad jurídica está dirigida, en particular, a garantizar que las personas sujetas al Derecho de la Unión no resulten afectadas por una legislación que no es «clara y previsible». (19) Así, al igual que las sanciones del Derecho de la competencia de la Unión Europea impuestas en el marco de la aplicación pública del artículo 101 TFUE , la irretroactividad de las nuevas normas sustantivas relativas a las acciones por daños tiene por finalidad garantizar que el autor de la infracción pueda prever las consecuencias de la comisión del acto ilícito y, en particular, el posible alcance de su responsabilidad en virtud de las normas sustantivas en vigor en el momento de la infracción. De ello se sigue que el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al garantizar a los justiciables la previsibilidad de las normas sustantivas que determinan la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia, prohibiendo así la aplicación retroactiva de sus disposiciones sustantivas. (20)

49. De este modo, en el ámbito de las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, la situación fáctica pertinente para determinar la aplicación *ratione temporis* de las disposiciones nacionales adoptadas con el fin de ajustarse a las disposiciones sustantivas de la Directiva 2014/104 que determinan el nacimiento de la responsabilidad extracontractual es el acaecimiento de los hechos que generan



las condiciones de la responsabilidad, que, en el presente asunto, se produjeron antes de la entrada en vigor de la legislación nacional de transposición. Más precisamente, en el marco de las acciones de responsabilidad del tipo «follow-on», si bien las empresas participantes en un cártel como el del caso de autos podrían prever, efectivamente, que su propio comportamiento constituía una vulneración del Derecho de la competencia susceptible de ser sancionado por una autoridad de la competencia y podría conducir potencialmente a que las partes perjudicadas pudieran reclamar un resarcimiento por el perjuicio sufrido, no es menos cierto que estas acciones deben regirse por las disposiciones sustantivas en vigor en el momento de la comisión de la infracción. Esta postura viene confirmada, además, tanto por la Directiva 2014/104 (21) como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual, a falta de disposiciones en la materia en el Derecho de la Unión, las acciones por daños se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. (22) Debo subrayar, sin embargo, que ello no pone en cuestión el derecho de las partes perjudicadas a obtener el resarcimiento por el perjuicio sufrido. En efecto, como se explica en los puntos 93 y 94 de las presentes conclusiones, este último viene garantizado por el Derecho primario de la Unión y, en particular, por el principio de efectividad del artículo 101 TFUE .

50. En segundo lugar, establecer la fecha de la infracción, en cuanto criterio claro, objetivo y verificable, permitiría asimismo garantizar la aplicación uniforme de las disposiciones sustantivas de la Directiva 2014/104 y constituye uno de los objetivos fundamentales de esta Directiva. (23)

51. En tercer lugar, ha de observarse también que un número importante de Estados miembros, en el marco de la adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2014/104 , parece haber considerado de forma más o menos explícita que las disposiciones sustantivas de esa Directiva no se aplican a situaciones como las del asunto principal, en las que el perjuicio sufrido como consecuencia de la infracción se ha materializado antes de la expiración del plazo de transposición de la citada Directiva o de la entrada en vigor de la disposición nacional que transpone dicha Directiva. Pues bien, parece que el legislador español ha optado por tal modelo al prever que, si bien las disposiciones procesales se aplican únicamente a los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley que transpone la Directiva 2014/104 (es decir, a partir del 27 de mayo de 2017), las disposiciones sustantivas no son aplicables «con efecto retroactivo», es decir, a hechos acaecidos antes de la fecha de transposición de la Directiva 2014/104 . Por lo demás, este planteamiento no ha sido puesto en entredicho por la Comisión en el marco de su informe sobre la aplicación de esta Directiva. (24)

52. A la vista de cuanto precede, considero que, si bien las disposiciones «procesales» de la Directiva 2014/104 son aplicables al asunto principal, las disposiciones calificadas de sustantivas carecen de efecto retroactivo y no se aplican."

57. Por tanto, si no es posible el ejercicio de una acción ex RD Ley 9/2017, hemos de acudir a la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, para dotar de virtualidad a la acción de resarcimiento de daños derivada de una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Nuestro TS, en su sentencia de 7 de noviembre de 2013, por ejemplo, entendió que podíamos acudir a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC, normas que permitían la defensa del *passing on* por las siguientes razones: (i) dada la naturaleza resarcitoria que presentan en nuestro derecho las acciones de responsabilidad civil extracontractual; y (ii) por las normas de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, incumbía a la parte demandada la carga de la prueba del *passing on*.

58. Pese a que no son de aplicación ni el artículo 9 de la Directiva de daños ni el artículo 75 de la LDC de 2007, relativos al carácter irrefutable de la infracción de la normativa de defensa de la competencia a los efectos de poder ejercitar la acción de resarcimiento de daños *follow on*, lo cierto es que esta vinculación ya la podíamos encontrar en el artículo 16.1 del Reglamento 1/2013 o en la STJUE de 14 de diciembre de 2000 (asunto C-344/98, caso Masterfoods).

59. Cabría preguntarse si cabe la aplicación directa de la Directiva de daños a supuesto anteriores a la entrada en vigor del RD Ley 9/2017, por resultar la transposición de la misma tardía, siendo que el TJUE ha reconocido este efecto directo en la STJCE de 4 de diciembre de 1974 (asunto C-41/74, caso Van Duyn/Home Office), así como en la STJCE de 7 de marzo de 1985 (asunto C-32/84, caso Van Gend & Loos/Inspecteur del Invoerrechten en Accijnzen). Ahora bien, tanto la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-521/17, caso SNB-React), como la STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17, caso Cogeco Communications), concluyen que este efecto directo no cabe predicarlo en las relaciones horizontales entre particulares, sino sólo en las relaciones verticales entre particulares y las autoridades administrativas.

60. No obstante, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, sobre la base de la STJUE de 13 de noviembre de 1990 (asunto C-106/89, caso Marleasing), y la doctrina de la interpretación de las normas nacionales conforme a la luz y a la finalidad de las directivas comunitarias, entendió que era posible esta interpretación conforme de la normativa nacional y en consecuencia aplicar lo dispuesto en la Directiva de daños al caso presente



(SJM nº 7 de Barcelona, de 8 de junio de 2018, por ejemplo). La STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17, caso Cogeco Communications) pone fin a esta discusión estableciendo que: (i) no cabe en el caso de la infracción derivada del cártel de camiones la interpretación conforme a la Directiva de daños, porque los hechos del litigio principal están fuera del ámbito de aplicación temporal de la Directiva de daños; (ii) el hecho de que no exista la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva de daños no excluye que deba interpretarse la normativa nacional de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE y el principio de efectividad; y (iii) esta obligación tiene su límite en los principios generales del derecho y no puede dar lugar a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Este último pronunciamiento supone que estaremos ante una interpretación que contraría los principios generales del derecho (principios de legalidad o tipicidad de las sanciones, de seguridad jurídica y de irretroactividad) cuando se impone a un particular una obligación recogida en una directiva no transpuesta (STJCE de 26 de septiembre de 1995 (asunto C-168/95, caso Arcaro)); y estaremos ante una interpretación *contra legem* cuando no exista una norma nacional que ampare la solución buscada con dicha interpretación.

61. Teniendo en cuenta los elementos anteriores, se podrá comprender la conclusión a la que se llegó en el Encuentro de Magistrados especializados en Asuntos de lo Mercantil celebrado en el mes de noviembre en la ciudad de Zaragoza (ponencia de PASTOR MARTÍNEZ):

" La Directiva no resulta de aplicación respecto de aquellos hechos que se ubiquen fuera del ámbito de aplicación temporal que la propia norma prevé. Debe entonces decidirse si el principio de interpretación conforme presenta un alcance temporal más amplio. A su vez, debe igualmente decidirse si el elemento temporal relevante para la determinación del régimen aplicable a la solución de un caso follow on es el de la comisión de los hechos de los que resulte la infracción o el acaecimiento de la decisión administrativa de que se trate en un momento posterior. En este sentido, puede sostenerse que la prohibición de aplicación retroactiva del régimen sustantivo de la Directiva no se reere a los "hechos infractores cometidos antes de su entrada en vigor", sino a las "sanciones impuestas antes de su entrada en vigor" y a las "acciones follow on ejercitadas antes de su entrada en vigor". En efecto, el art. 22 de la Directiva de daños se reere a las "acciones por daños", no al concreto marco temporal en el que arraigó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos sancionados. Por último, toda esta discusión puede verse superada si en los rudimentos del sistema de la Directiva de daños quieren reconocerse previsiones consumidas en las normas comunitarias de rango constitucional aplicables a los procesos follow on, arts. 101 y 102 TFUE , por resultar siempre de aplicación directa a la solución de estos casos."

D.2.- STJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 , caso Manfredi).

62. Pese a que no pretendo exponer de forma detallada los problemas de aplicación en el tiempo de la Directiva de daños, sí que resulta necesario traer a colación, de manera sucinta, estos problemas, a los efectos de poder dar respuesta a la problemática de si es posible ejercitar una acción *follow on*, en las reclamaciones derivadas del cártel de camiones, lo que facilitará la comprensión y respuesta de uno de los hechos controvertidos: alcance y ámbito objetivo de la Decisión de la CE.

63. Así, por tanto, debemos partir de la consideración de que la acción que se ejercita en el caso de una acción *follow on*, es una acción de resarcimiento de daños y perjuicios por infracción del derecho de defensa de la competencia, en especial por infracción de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC de 2007. Esta acción nace con la Directiva de daños, lo que plantea el problema de su aplicación a supuestos de acuerdos colusorios ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de esta directiva, que se transpuso en nuestro ordenamiento jurídico por medio del RDLey 9/2017.

64. Esta aplicación en el tiempo genera problemas que no deben considerarse baladíes, ya que, no siendo de aplicación la Directiva de daños, no sería posible acudir a las normas de la misma para facilitar la cuantificación del daño, como la posibilidad de que el Juzgador, en base al artículo 76 de la LDC de 2007, introducido por el RDLey 9/2017, efectúe una estimación del importe de los daños, si la prueba practicada no lleva a esta determinación, o las dos presunciones contenidas en la citada normativa:

a) Una primera presunción *iuris tantum*, contenida en el artículo 78 de la LDC de 2007, de que las infracciones calificadas como acuerdos colusorios causan daños, entendiendo que el pleno resarcimiento contiene una indemnización por daño emergente, definido como el sobrecoste que supuso el acuerdo colusorio sobre el precio de adquisición del camión, y una indemnización por el lucro cesante, entendido como la repercusión del sobrecoste en la economía del afectado por el acuerdo colusorio. En este sentido, el artículo 78 de la LDC de 2007 señala que deberá ser el demandado, esto es, el infractor, el que alegue en su defensa que el demandante ha repercutido total o parcialmente el sobrecoste, lo que supone la admisión de que ha habido sobrecoste, ya que no se puede probar la repercusión de lo que se considera que no hubo. Por tanto, conforme al artículo



79 de la LDC de 2007, el demandante deberá probar, como daño emergente, el sobrecoste existente desde el demandado hasta el comprador directo.

b) Una segunda presunción *iuris tantum*, contenida en el artículo 79 de la LDC de 2007, consistente en que se presumirá que el comprador directo ha repercutido el sobrecoste en el comprador indirecto cuando pruebe: (i) que el fabricante es un infractor; (ii) que el comprador indirecto ha comprado un camión al fabricante; y (iii) que esa infracción tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo.

65. Ahora bien, estas disposiciones, de conformidad con la doctrina emanada de la STJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/2004 a C-298/2004, caso Manfredi), no resultarán de aplicación si la normativa comunitaria no resulta temporalmente aplicable, en cuyo caso deberíamos acudir a la normativa nacional, interpretada, en la medida de lo posible, conforme a la citada normativa comunitaria:

" Ante la inexistencia de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE , siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

En consecuencia, por una parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios.

Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de los particulares a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses."

66. En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Abogado General del TJUE, en sus Conclusiones de 28 de octubre de 2021, en el asunto C-267/20, respecto de la no aplicación retroactiva de las citadas presunciones:

" 78. En cuanto atañe a la cuestión de si el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 es una disposición sustantiva o no en el sentido del artículo 22 de dicha Directiva, ha de recordarse que, según los términos de la citada disposición, se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. No obstante, al infractor le asistirá el derecho a rebatir esta presunción.

*79. Procede señalar, antes de nada, que esta disposición no se limita al reparto de la carga de la prueba relativa a la existencia del perjuicio (que es una cuestión de carácter procesal), sino que establece una presunción *iuris tantum* relativa a la existencia del perjuicio derivado del cártel en cuestión, lo que guarda relación directa con la responsabilidad extracontractual de los autores de infracciones de las normas de Derecho de la competencia.*

80. A este respecto, ha de recordarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre ese daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE . (31) La existencia de un perjuicio y la relación de causalidad entre dicho perjuicio y la infracción del Derecho de la competencia cometida forman indudablemente parte de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.

81. En este contexto, considero que la presunción establecida en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 no tiene una finalidad puramente probatoria. En cambio, al atribuir la carga de la prueba al autor de la infracción y dispensar a la persona perjudicada de la obligación de probar la existencia de un perjuicio sufrido como consecuencia del cártel o la relación de causalidad entre dicho perjuicio y ese cártel, dicha presunción está directamente vinculada a la atribución de responsabilidad civil extracontractual al autor de la infracción de que se trate y, por consiguiente, afecta directamente a su situación jurídica. Así, me parece que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 , y en particular su primera frase, constituye una norma estrechamente vinculada al nacimiento, a la atribución y al alcance de la responsabilidad extracontractual de las empresas que vulneran el artículo 101 TFUE por su participación en una práctica colusoria. Pues bien, de la jurisprudencia cabe deducir que estas normas pueden ser calificadas de «normas sustantivas». (32)

82. A este respecto, ha de añadirse que el Tribunal de Justicia no ha reconocido efecto retroactivo a otras disposiciones de la Directiva 2014/104 que también están estrechamente vinculadas al establecimiento de la responsabilidad de los autores de una infracción. A modo de ejemplo, en la sentencia Skanska Industrial Solutions y otros, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 11, apartado 1 , de esta Directiva, que versa sobre la determinación de la responsabilidad solidaria de empresas que han infringido el Derecho de la



competencia mediante una conducta conjunta, no era aplicable *ratione temporis* a los hechos en cuestión, que versaban sobre una acción por daños y perjuicios ejercitada con posterioridad a la práctica colusoria que la había motivado. (33)

83. Asimismo, como ha señalado la Comisión, en el ámbito del Derecho internacional privado, existen indicios que respaldan la tesis de que las disposiciones que establecen presunciones como la recogida en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 pueden calificarse de disposiciones sustantivas. (34)

84. En vista de las anteriores consideraciones, estimo que, contrariamente al artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104, el artículo 17, apartado 2, de esa Directiva puede calificarse de disposición «sustantiva» en el sentido del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva y, por consiguiente, la legislación nacional adoptada para dar cumplimiento a esa disposición no debe aplicarse a hechos generadores de responsabilidad acaecidos antes de la entrada en vigor de esas normas nacionales de transposición.

85. Dicho esto, como se explica en los puntos 139 a 141 de las presentes conclusiones, esta interpretación no impediría en absoluto a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar presunciones relativas a la carga de la prueba sobre la producción de un perjuicio que existieran con anterioridad a las respectivas normas nacionales de transposición, cuya conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión debe evaluarse teniendo en cuenta, en particular, los principios generales de equivalencia y efectividad.

86. En estas circunstancias, propongo que se responda a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de disposiciones nacionales de transposición adoptadas para dar cumplimiento al artículo 17, apartado 1, de dicha Directiva, sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para estimar el importe de los daños y perjuicios, a daños y perjuicios sufridos por una infracción del Derecho de la competencia que ha cesado antes de la entrada en vigor de la legislación nacional de transposición en el marco de una acción por daños ejercitada tras la entrada en vigor de la disposición nacional de transposición. El artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de las normas nacionales adoptadas para aplicar el artículo 17, apartado 2, de la misma Directiva, que prevé una presunción *iuris tantum* de daños y perjuicios causados por los cárteles, a las infracciones cometidas antes de la entrada en vigor de la legislación nacional de transposición en el marco de una acción por daños ejercitada tras la entrada en vigor de la disposición nacional de transposición."

D.3.- Estado de la cuestión.

67. En consecuencia, de conformidad con la citada doctrina de la STJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/2004 a C-298/2004, caso Manfredi), si la normativa comunitaria no resulta temporalmente aplicable, como ya he argumentado en el subapartado primero de este apartado, debe aplicarse la normativa nacional, en este caso la acción de responsabilidad civil extracontractual, interpretada de conformidad con la Directiva de daños, siempre que esto fuera posible, y no lo es respecto de las disposiciones sustantivas de la citada directiva, de conformidad con su propio derecho transitorio.

68. Esto conlleva que, en el caso del cártel de camiones, en el que la declaración de infracción se produjo antes de la transposición de la Directiva de daños, y, además, se refiere a un momento temporal anterior a la aprobación de la citada directiva, las acciones de resarcimiento de daños, de conformidad con la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, deben ejercitarse tomando en consideración los elementos o presupuestos de la acción de responsabilidad civil extracontractual. Esto es, debe acreditarse, conforme a la moderna doctrina de la responsabilidad civil extracontractual acuñada por el TS, el enlace causal entre la acción u omisión (en este caso, el acuerdo colusorio que ha provocado un sobrecoste, que puede resultar acreditado por la Decisión de la Comisión Europea, por el efecto vinculante de esta declaración, que reconoce la citada STS nº 651/2013, de 7 de noviembre) y el daño sufrido, esto es, el sobrecoste sufrido por el perjudicado. De esta forma, si se acredita el enlace causal, se presumirá el dolo o culpa en el infractor, determinante de su obligación de indemnizar el daño emergente, el lucro cesante y los intereses, así como surgirá para el infractor, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, la necesidad de acreditar la ruptura del nexo causal, bien porque el acuerdo no ha producido un sobrecoste en el perjudicado, bien porque ha repercutido el coste aguas abajo.

69. El hecho de que la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, haya introducido la defensa del *passing on* y haya articulado mecanismos estimativos de la cuantificación de los daños causados por la infracción del Derecho de la competencia, así como que haya establecido la vinculación de la declaración de infracción del Derecho de la competencia por la autoridad nacional de la competencia, no es, ni puede ser, fruto de la interpretación de la normativa española reguladora de la responsabilidad civil extracontractual conforme a la Directiva de daños, ya que no era una directiva existente en ese momento.



70. Ahora bien, lo que denotó esta STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, es que era posible, bajo el manto de una interpretación de la normativa española acorde a las circunstancias del caso, establecer que, declarada una infracción del Derecho de la competencia por una autoridad nacional de la competencia, se entendía que, acreditado el sobrecoste, que quedaba acreditado por la citada declaración, se presumía que éste provenía de la infracción del Derecho de la competencia, lo cual no era una interpretación muy alejada de la moderna doctrina objetivadora de la responsabilidad civil extracontractual, en el que, probado el nexo causal, se presumía la concurrencia de los demás elementos, y se invertía la carga de la prueba, siendo el demandado el que debía acreditar la ruptura del nexo causal. En este caso, el demandado podía acreditar la inexistencia de daño, bien probando que la infracción del Derecho de la competencia no le producía un sobrecoste al perjudicado, bien probando que había repercutido el coste aguas abajo. Y en el caso de que hubiera invocado la defensa del *passing on*, como quiera que implicaba admitir la existencia del sobrecoste, sólo que repercutido aguas abajo, implicaba la estimación de la acción de resarcimiento de daños, limitándose únicamente el pleito a efectuar el juicio de imputación subjetiva.

71. En consecuencia, el TS, a través de su STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, sentó las bases para el reconocimiento, sin necesidad de la Directiva de daños, de una acción que presentaba las características y elementos de las acciones *follow on*, sin necesidad de acudir al Derecho comunitario, lo que muestra que, efectuando una interpretación de la normativa española conforme al Derecho comunitario entonces existente, era posible afirmar la validez y utilidad de las acciones *follow on* en España. Y siempre salvando algunas diferencias importantes, como la necesidad de prueba del daño fruto de la infracción del Derecho de la competencia, esa prueba se facilitó tanto por el TS que podemos afirmar la existencia en nuestro derecho de las acciones *follow on* antes de la Directiva de daños.

72. Esta conclusión extraída de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, ha recibido un reciente refrendo en las Conclusiones del Abogado General de 28 de octubre de 2021, en el asunto C-267/20:

" 136. Por cuanto respecta a la prueba de la existencia del perjuicio por el demandante, esta deberá realizarse de conformidad con el régimen de Derecho común, habida cuenta de la inaplicabilidad del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104, constatada en el marco del análisis de la tercera cuestión prejudicial.

137. En primer lugar, ha de señalarse que el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, que codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, la sentencia *Masterfoods y HB*, (62) dispone que, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 101 TFUE o 102 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

138. En mi opinión, ello permitiría facilitar la acreditación de la relación de causalidad entre la infracción (ya declarada mediante la Decisión de la Comisión) y el perjuicio sufrido sin recurrir a una aplicación retroactiva del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104.

139. En segundo lugar, como se ha mencionado en el punto 85 de las presentes conclusiones, nada impide a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar presunciones relativas a la carga de la prueba sobre la producción de un perjuicio que existieran con anterioridad a las respectivas normas nacionales de transposición, cuya conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión debe evaluarse teniendo en cuenta, en particular, los principios generales de equivalencia y efectividad. (63)

140. A este respecto, debo observar que, según el considerando 11 de la Directiva 2014/104, en ausencia de legislación de la Unión (y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva), las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del artículo 101 TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en esta Directiva, como el concepto de «relación causal» entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia.

141. Ello quiere decir que las normas nacionales «no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE», de modo que se deje al órgano jurisdiccional nacional un margen de apreciación y de interpretación en su estimación del perjuicio sufrido. (64)

142. En vista de cuanto precede, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una interpretación de la norma nacional que excluye la aplicación retroactiva del plazo de ejercicio de la acción de cinco años y de la presunción *iuris tantum* de perjuicio causado por los cárteles, previstos, respectivamente, en los artículos 10, apartado 3, y 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104. No obstante, el artículo 101 TFUE y el principio de efectividad exigen a la normativa



nacional reguladora de la acción por daños que el plazo de prescripción únicamente comience a correr a partir del día de la publicación del resumen de la decisión de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea."

E) Delimitación y resolución del objeto de la controversia.

73. En consecuencia, puedo llegar a concluir que es posible efectuar una interpretación de las acciones de responsabilidad civil extracontractual que se asemeje a las de las acciones *follow on*, con lo que esto supone respecto a las demandas de reclamación derivadas del cártel de camiones.

74. En el caso presente, lo anterior facilita la fijación de la controversia, ya que, además del análisis de las excepciones procesales ejercitadas (prescripción), ya hemos visto el alcance de la acción de resarcimiento ejercitada en la demanda, estando ambas partes de acuerdo en que debe analizarse si la Resolución de la CNMC, que declara la existencia de un acuerdo colusorio, es la que explica la existencia o no, en un enlace causal adecuado, la existencia de un sobrecoste en la adquisición de los camiones objeto de esta demanda, de tal forma que si se acredita esta relación causal, únicamente incumba a este Juzgador valorar las pruebas practicadas respecto de la cuantificación del daño sufrido. En este sentido, es llamativo que, en la audiencia previa, la asistencia letrada de la parte demandada no invocó la defensa del *passing on*, por lo que esta sentencia únicamente debe centrarse en la prueba del daño consecuencia del acuerdo colusorio a que se refiere la Resolución de la CNMC, y su cuantificación. La afirmación de que es controvertida la existencia del sobrecoste y su traslado a los precios finales, que efectuó la asistencia letrada de la parte demandada en el acto de la audiencia previa, hace referencia más bien a la falta de acreditación del enlace causal entre la conducta colusoria declarada en la Decisión de la CE y el daño supuestamente sufrido por la parte demandante, que a la defensa del *passing on*, que no fue expresamente citada como objeto de la controversia en el acto de la audiencia previa.

75. Para tratar de acreditar la relación causal entre el acuerdo colusorio declarado en la Decisión de la CE y el daño efectivamente sufrido, la parte demandante se sirve de un informe pericial que utiliza uno de los criterios de cuantificación del perjuicio o del daño contenidos en la Guía Práctica para la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE (en adelante, Guía Práctica), que acompaña a la Comunicación de la CE sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, el método sincrónico. Sobre la aplicación de la Guía Práctica al caso presente, no existe ninguna discusión entre las partes, versando sus diferencias en la forma de implementar los criterios de cuantificación, fundamentalmente referidos a los métodos diacrónicos y sincrónicos. Por esta razón, por la falta de discusión sobre la posible aplicación de la Guía Práctica, este Juzgador se servirá de lo manifestado en la misma para poder extraer conclusiones prácticas del análisis de las pruebas periciales aportadas.

76. Sí que me gustaría dejar sentado, como he argumentado hasta ahora, que tanto la legislación comunitaria como nacional, así como la interpretación que de la misma efectúa el TS, fundamentalmente en su STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, nos llevan a considerar que no cabe exigir al posible perjudicado por un acuerdo colusorio, porque sería contrario al principio de resarcimiento íntegro que el TS considera que debe servir de criterio interpretativo de la normativa de defensa de la competencia, un estándar de prueba del daño sufrido tan elevado que haga prácticamente imposible o muy difícil la consecución del objetivo buscado por la Decisión de la CE, cual es evitar que resulte rentable a las entidades coludentes, la adopción de un acuerdo colusorio, no sólo por la perpetuación en el tiempo de una barrera de entrada a la competencia, sino fundamentalmente por el efecto disuasorio inverso que supondría la utilización de la normativa procesal con ese efecto.

77. De ahí que no debamos perder de vista que el informe de la parte demandante, que abandona todo recurso a utilizar una metodología para alcanzar una prueba del daño (que dice el perito que señala la STS que resolvió el recurso contra la SAN, sin tener en consideración que lo que declara la STS es que el acuerdo colusorio en cuestión puede producir daño con carácter genérico, pero no que lo cause en el caso específico de la demandante en este procedimiento) y se limita a estimar el daño acogiendo las estimaciones efectuadas por los juzgados en el asunto del cártel de coches, no es una prueba cierta del daño, sino que el esfuerzo probatorio no puede afirmarse que supere el mínimo estándar probatorio a que se refiere la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, para entender que es posible acudir a la estimación judicial, que recordemos es una labor o facultad que corresponde al Juzgador, y no a un perito de parte.

78. La STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, permite que el Juzgador utilice métodos estimativos o aproximativos para la cuantificación del daño, sin que esto suponga una infracción de la normativa aplicable, pero siempre que se hubiera hecho un esfuerzo razonable de acreditación del daño y su cuantía ("*Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*"). Y en esta aproximación o estimación del daño, si el informe de la parte demandada no está basado en premisas más razonables o precisas que el informe de la parte



demandante, juega un papel muy importante la razonabilidad y precisión de las premisas (esto es, de los factores tenidos en cuenta) del informe de la parte demandante:

" Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio.

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.

Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada.

En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado."

79. Como ya he expuesto en esta sentencia, la falta de razonabilidad de la cuantificación del daño propuesta por la parte demandante, siempre que se haya efectuado un esfuerzo razonable en la citada cuantificación, no implica que la parte demandante no tenga que ser resarcido del daño afirmado en esta sentencia, sino que esta cuantificación podrá estimarse por este Juzgador. Esta conclusión puede extraerse de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre.

80. Ahora bien, la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, impone huir de soluciones " salomónicas", que no se ajusten a un fundamento razonable en la obtención de la cuantificación estimada, lo que obliga a este Juzgador a exponer el criterio utilizado para efectuar esta estimación. A este respecto, comparto con la SAP Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019, que debe huirse del ejercicio consistente en que este Juzgador corrija las limitaciones y manifiestos errores de planteamiento de la cuantificación efectuada por el informe pericial de la parte demandante, para tratar de calcular la cuantificación razonable que se hubiera obtenido de incurrir el informe pericial de la parte demandante en las limitaciones y errores de planteamiento puestos de manifiesto en los párrafos anteriores:

" La cautela que impone la aplicación de la doctrina ex re ipsa (como, cuando proceda, la apreciación judicial del daño a que se refiere la Directiva y la norma transpuesta) no permite equiparar los supuestos en que se ha cumplido con la efectiva carga de la prueba, con aquellos otros en que la parte, pese al intento realizado (que puede abrir la puerta a la ponderación judicial) no lo ha conseguido, por errar en el método, en el objeto, o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hubieran permitido expresar unas conclusiones válidas, aún en términos de probabilidad.

No se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado.

En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es compleja su cuantificación (por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto), el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que, si bien las dificultades que presenta la cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. De la Sentencia de 20 de mayo de

1996 resulta que la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender "sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ya citada) declara que no es de aplicación "el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, ..., no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, ..."

Extrapolando tales criterios a la situación que enjuiciamos, no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada."

81. Ahora bien, en el caso presente, si este Juzgador acudiera a la estimación judicial de la cuantía del daño, supondría corregir el error de planteamiento de la cuantificación en el que incurre el informe pericial de la parte demandante, ya que, en primer lugar, la labor de estimación es una facultad que el legislador comunitario y la doctrina jurisprudencial atribuye al Juzgador, y no al perito de parte, siempre y cuando haya existido un mínimo esfuerzo probatorio, y, en segundo lugar, no es cierto que no fuera posible efectuar el esfuerzo probatorio mínimo exigido por la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, ya que constan, como ha indicado el perito de la parte demandada, fuentes públicas para acceder a los datos suficientes sobre el precio o la oferta de los automóviles a los que se refiere el conocido como cártel de los coches, como son las fuentes de las revistas especializadas, el IPC automóviles ofrecido por el INE, o incluso la solicitud de requerimiento a la parte demandada para que le facilitara los datos a tal respecto.

82. Llama la atención que, ofrecido por la asistencia letrada de la parte demandada, conocer los datos utilizados por los peritos de la parte demandada, a través de una Sala de Datos, la asistencia letrada de la parte demandante negara este ofrecimiento, y luego su perito afirme que no ha tenido acceso a datos suficientes como para conformar un modelo econométrico que ofreciera a este Juzgador una hipótesis razonable sobre la existencia del daño y su cuantía.

83. También llama la atención que el perito de la parte demandante no haya acudido a ninguno de los métodos ofrecidos por la Guía Técnica ofrecida por la Comisión Europea, y sí haya acogido un método (la estimación del daño) que no recoge la citada guía, y que no puede recoger, ya que la STJUE de 22 de junio de 2022 ha configurado como un remedio procesal a utilizar por el Juzgador ante las dificultades de las partes para acreditar el daño y su cuantía.

84. Como este Juzgador no puede suplir la insuficiencia del esfuerzo probatorio emprendido por la parte demandante para acreditar el daño causado por la conducta colusoria recogida en la Resolución de la CNMC, y determinar su cuantía, no cabe estimar la acción ejercitada, por cuanto que no se ha acreditado ni el nexo causal ni el presupuesto del daño, sin necesidad de entrar a resolver sobre la excepción procesal de prescripción, ni entrar a resolver sobre si, en este caso concreto, ha existido o no daño a la demandante.

SEGUNDO.- Costas procesales.

85. De conformidad con el artículo 394 de la LEC, en caso de desestimación íntegra de la demanda, procedería la imposición de las costas procesales a la parte demandante, salvo que concurren serias dudas de hecho o de derecho. El hecho de que no todos los Juzgados estén valorando el informe pericial de la parte demandante como insuficiente para sustentar la concurrencia de los presupuestos de la acción *follow on*, muestra que hay una oscilación jurisprudencial que aconseja no imponer las costas procesales.

Visto lo anterior,

FALLO

Que con DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Guillermo Navarro Leante, actuando en nombre y representación de doña Aurora, contra la entidad mercantil PSAG Automóviles Comercial España, S.A., debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la entidad mercantil PSAG Automóviles Comercial España, S.A., de la totalidad de pedimentos contenidos en la demanda.

Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el magistrado-juez don Leandro Blanco García-Lomas, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Murcia, de lo que como Letrada al Servicio de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ