



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM M 476/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:476**

Id Cendoj: **28079470152023100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **15**

Fecha: **31/03/2023**

Nº de Recurso: **226/2022**

Nº de Resolución: **17/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **TEODORO LADRON RODA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 15 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 6ª - 28013

Tfno: 917201029

Fax: 912749945

42020306

NIG: 28.079.00.2-2022/0206398

Procedimiento: Juicio Verbal 226/2022

Materia: Contratos en general

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

Negociado 3

Demandante: D./Dña. Genaro

PROCURADOR D./Dña. VICTOR ENRIQUE MARDOMINGO HERRERO

Demandado: AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA

PROCURADOR D./Dña. JOSE ALVARO VILLASANTE ALMEIDA

SENTENCIA Nº 17/2023

En Madrid, a 31 de marzo de 2023.

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez titular del Juzgado Mercantil nº 15 de Madrid, los presentes autos de Juicio verbal civil seguidos bajo el número **226/2022**, a instancia de D./Dª. Genaro , ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. ENRIQUE MARDOMINGO HERRERO, y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. CRISTINA DÍAZ GARCÍA, contra AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. (posteriormente denominada PSAG AUTOMÓVILES COMERCIAL ESPAÑA, S.A. y, actualmente , STELLANTIS ESPAÑA, S.L.), ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. JOSÉ ÁLVARO VILLASANTE ALMEIDA su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. JON AURREKOETXEA GARAI, sobre resarcimiento de daños ocasionados por infracción del artículo 101 TFUE y resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por e/l/a Procurador/a D./Dª. ENRIQUE MARDOMINGO HERRERO, en nombre y representación de D./Dª. Genaro , se presentó escrito formulando demanda de juicio verbal civil contra AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. Demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por solicitar al Juzgado "que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos



adjuntos, los admita, y previa tramitación legal pertinente con traslado de copia a la demandada, se dicte Sentencia por la que, estimando los hechos y alegaciones presentadas declare:

- a. La responsabilidad de CITROËN por los daños causados a DON Genaro como consecuencia de su relación con el conocido como "cartel de coches" en la compraventa del Vehículo Marca CITROËN.
- b. Consecuencia de lo anterior se condene al pago de la indemnización derivada del sobrecoste en la cantidad de 4.053,18€.
- c. Igualmente se condene al pago de los Intereses, desde la fecha de adquisición del Vehículo y a las costas procesales".

SEGUNDO.- Se dictó decreto por el que fue admitida a trámite la demanda interpuesta y se confirió traslado de la misma emplazándose a la parte demandada. Por e/l/a Procurador/a D./D^a. JOSÉ ÁLVARO VILLASANTE ALMEIDA, en nombre y representación de AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A., se presentó escrito solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de "Que tenga por presentado este escrito y los documentos que a él se acompañan; se sirva admitirlos; tenga por deducida en tiempo y forma contestación a la demanda por parte de AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. y tras los trámites procesales oportunos dicte sentencia en la que se DESESTIME ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA FORMULADA POR LA ACTORA, CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS".

A la celebración del mismo comparecieron ambas partes. La actora se ratificó en su escrito de demanda, solicitando el recibimiento del juicio a prueba. Por su parte la demandada se opuso en base a los hechos y fundamentos que citó, solicitando el recibimiento del juicio a prueba, que fue acordado. La proposición, admisión y práctica de la prueba se desarrolló en la forma que es de ver en autos y en la grabación, según imagen y sonido. Las pruebas admitidas se practicaron con el resultado que es de ver en autos, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales, por la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Órgano Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- LA PRESCRIPCIÓN.

Por orden procesal, hemos de examinar en primer lugar la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada.

Según expresa la representación procesal de la parte demandada la acción de reclamación de daños y perjuicios conforme al artículo 1902 del Código Civil (también, CC, en adelante) estaría prescrita. Lo desarrolla en la contestación de la demanda y lo concreta en los siguientes términos:

"En el caso de autos, es incontrovertido que la Demandante es conocedora de los presupuestos subjetivos, objetivos y causales de su pretensión al menos desde la Resolución que da origen al presente Procedimiento, **y que fue publicada por la CNMC el 23 de julio de 2015, esto es hace casi 7 años...** Aportamos como Documento 4 Contestación la nota de prensa publicada el 28 de julio de 2015 en la que se recoge la publicación de la Resolución el 23 de julio de 2015.

Así pues, es indudable que la Demandante conocía los presupuestos subjetivos, objetivos y causales de su acción al menos desde que se dictó la Resolución de la CNC.

Pero no solo eso.

La Demandante tuvo pleno conocimiento de todos los presupuestos (subjetivos, objetivos y causales) no solo con la publicación de la Resolución de la CNMC, sino en multitud de ocasiones antes de que la Resolución fuera firme.

Destacamos entre otras, la nota de prensa del Diario Cinco Días publicada el 29 de julio de 2015

...Por todo ello, es patente que las acciones ejercitadas por la actora se encuentran ampliamente prescritas, ya que el plazo se ha excedido sustancialmente y la actora no ha realizado ninguna actuación tendiente a interrumpir la prescripción de la acción (*animus conservandi*).

La representación procesal de la parte demandada sostiene que el 23/07/2015 la Resolución fue publicada por la CNMC. Lo cierto es que el 31 de agosto de 2015 la Resolución ya se había publicado de forma completa en

la página web de la CNMC. La demanda origen del presente procedimiento se presentó el **20/05/2022**. Luego, según la representación procesal de la parte demandada la acción habría prescrito el 23/07/2016.

En materia de prescripción de acciones del cártel de camiones, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 22/06/2022 [C-267/20, caso Volvo AB (publ.), DAF Trucks NV y RM] que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de León, ha producido un cambio importante, tanto en la forma de computar la prescripción como en el plazo de prescripción. Distinguiamos:

PRIMERO.1.- LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE DAÑOS EN EL CÁRTEL DE CAMIONES ANTES DE LA STJUE DE 22/06/2022.

La situación existente era la siguiente:

1ª).- No resultaba aplicable al presente caso el plazo de prescripción de cinco años del artículo 74.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, introducido por el **Real Decreto-ley núm. 9/2017, de 26 de mayo, por que la propia Disposición Transitoria Primera del Real Decreto prevé que** "1. Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo". El precitado artículo 74.1 de la LDC se encuentra dentro del artículo tercero del Real Decreto 9/2017. Luego el plazo de cinco años del Real Decreto, no se aplica retroactivamente.

2ª).- Resulta aplicable al presente caso el plazo de prescripción de un año de las acciones del artículo 1902 del CC. Las acciones *follow on* de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de la infracción de las normas del derecho de la competencia ha venido encuadrándose jurisprudencialmente dentro de la responsabilidad extracontractual; por tanto, se aplica el plazo de prescripción de un año, como en los supuestos de responsabilidad extracontractual. Así lo admite, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (también, STS, en adelante), de 04/09/2013 (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: STS 4739/2013).

3ª).- El cómputo de plazos por años ha de efectuarse de fecha a fecha (artículo 5 del CC).

4ª).- La interrupción de la prescripción ha de considerarse efectuada desde que la parte actora puede acreditar que ha emitido la reclamación extrajudicial, aunque todavía no se haya recibido la comunicación extrajudicial por el destinatario. Así, la STS de 25/10/2000 (ROJ: STS 7704/2000), dice lo siguiente:

"...han de estimarse producidas las posibilidades que el art. 1973 contempla desde el solo dato de haberse emitido la oportuna reclamación, aquí debidamente probada, aunque todavía no se hubiese recibido por el destinatario -"por reclamación extrajudicial del acreedor", dice el precepto sin exigir forma de hacerlo- para producir desde entonces los efectos interruptivos que establece..."

Esto quiere decir que la prescripción se interrumpe cuando quien pretende dicha interrupción emite la comunicación extrajudicial y puede acreditar que la ha emitido; es decir, cuando el servicio de correos, de burofax o correos electrónicos expresa que la comunicación ha sido entregada en dicho servicio por quien pretende interrumpir la prescripción.

5ª).- Para que la prescripción sea válida, además de expresar la voluntad conservativa de los derechos, ha de ser recibida por el destinatario; sin embargo, no es preciso que el destinatario tome conocimiento y comprensión de la comunicación, bastando con que se acredite que la comunicación extrajudicial fue recibida. Así, la STS de 16/01/2003 (ROJ: STS 92/2003) expresa lo siguiente:

"Ahora bien, el motivo ha de ser desestimado 1º porque de acuerdo al la *sentencia citada por la parte recurrente de 24 de diciembre de 1994* , que precisamente revocó la sentencia de la Audiencia que había estimado la prescripción de la acción; revocación que tuvo por fundamento la **distinción entre el conocimiento de la reclamación, de la recepción del documento** en que tal reclamación se hace (párrafo segundo del fundamento segundo de la sentencia invocada), entendiéndose que **no es necesario para que se produzca el efecto receptivo de la declaración unilateral de voluntad, que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocer** la reclamación, siendo bastante a los indicados efectos la recepción del documento en la que se hace".

6ª).- Suspensión del plazo de prescripción como consecuencia de la pandemia por Covid-19. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció en su disposición adicional cuarta que los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarían suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren. Posteriormente, el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, estableció que, desde el 04/06/2020, se alzaba la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones. Con fecha 20/04/2020, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial remitió al Ministerio de Justicia, entre otras, una propuesta para su inclusión en un Real Decreto de medidas urgentes que el Gobierno estaba preparando, con el objetivo de evitar



la dispersión interpretativa en relación con el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad, que se vieron suspendidos o interrumpidos por la declaración de estado de alarma. Esta propuesta es un recordatorio de cómo realizar correctamente el reinicio del cómputo de los plazos de prescripción y consiste en lo siguiente:

"En los plazos establecidos por meses o años, para determinar el día final del plazo se adicionarán a partir del día de vencimiento ordinario, computado de fecha a fecha, los días naturales del periodo de interrupción o suspensión".

Pues bien; desde el 14/03/2020, fecha en que se declara el estado de alarma, hasta el 04/06/2020, día en que se reinicia el cómputo del plazo de prescripción suspendido, han pasado ochenta y dos naturales, que deben adicionarse a la fecha en que finara o se hubiera suspendido la prescripción.

Hay que dejar muy claro que las disposiciones normativas citadas suspenden los plazos de prescripción; pero no interrumpen los plazos de prescripción. La distinción entre suspensión e interrupción es muy clara. Cuando se suspende el plazo de prescripción, se cuentan todos los días transcurridos sin reiniciar el plazo de prescripción. Cuando se interrumpe el plazo de prescripción, se reinicia de nuevo el plazo de prescripción, en nuestro caso, un año.

7ª).- **La prescripción ha de ser aplicada por el tribunal con carácter restrictivo y cauteloso.** Obedece a una necesidad, no de justicia, sino de dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas y ha de entenderse como una sanción por el abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades. El Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de junio de 1994 (RJ 1994\6025) dice que: "el instituto de la prescripción al no estar fundado en razones de justicia sino de seguridad jurídica, que deben ceder ante las anteriores, no debe ser objeto de una aplicación rigorista sino que ha de ser entendido con talante restrictivo y cauteloso [Sentencias de 20 octubre 1988 (RJ 1988\7591), 14 marzo 1990 (RJ 1990 \2043), 1 abril 1990 (RJ 1990\2684), 21 febrero, 8 abril y 24 mayo 1997 (RJ 1997\1906, RJ 1997\2707 y RJ 1997\4323)], criterio aplicable tanto en los casos de extinción de una concreta acción como en los supuestos de elección entre distintos preceptos aparentemente de posible aplicación a la acción objeto de examen". La STS 708/2016, de 25 de noviembre (ROJ: STS 5229/2016), que cita a su vez la Sentencia 623/2016, de 20 de octubre, insiste en la aplicación rigurosa y restrictiva que se ha de dar a la aplicación de la prescripción de acciones: "Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias".

PRIMERO.2.- LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE DAÑOS EN EL CÁRTEL DE CAMIONES DESPUÉS DE LA STJUE DE 22/06/2022.

Como hemos indicado, con fecha 22/06/2022 se ha publicado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 22/06/2022 [C-267/20, caso Volvo AB (publ.), DAF Trucks NV y RM] que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de León. Dicha STJUE está llamada a dar un vuelco en el plazo de prescripción en los asuntos de los llamados cárteles de camiones y de coches. En dicha STJUE se dice lo siguiente:

1º).- El artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, sobre 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 (también, en adelante, Directiva 2014/104), debía estar traspuesto al derecho nacional, como máximo, el 27/12/2016 (artículo 21 de la Directiva 2014/104). Pues bien; resulta que la Directiva fue traspuesta al derecho nacional por el Real Decreto-ley núm. 9/2017, de 26 de mayo, que entró en vigor el 27/05/2017. Concretamente, el artículo 10 de la Directiva se trasponía por el artículo 74.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. El artículo 10 de la Directiva dice lo siguiente:

"1. Los Estados miembros establecerán, de conformidad con el presente artículo, las normas aplicables a los plazos para ejercitar acciones por daños. Tales normas determinarán cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende.

2. 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.



3. Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años...".

En suma, el artículo 10.3 de la Directiva *aplica un plazo de prescripción para el ejercicio de una acción por daños de, al menos, 5 años.*

Hasta ese momento, como se ha dicho, en el derecho *nacional se aplica un plazo de prescripción de un año, conforme al 1902 del CC y la jurisprudencia que se ha citado.*

2º).- La *idea básica* que sustenta la STJUE es muy clara: *el retraso de un determinado Estado miembro en la trasposición de la Directiva de daños no puede dar lugar a que se perjudique a los justiciables aplicándoles un plazo de prescripción más corto que el del artículo 10.3 de la Directiva, cuando en la fecha máxima en que debió transponerse la Directiva (el 27/12/2016) la acción no estaba prescrita conforme al derecho nacional* . La STJUE lo explica en el párrafo 79, que luego pasa a la parte declarativa de la Sentencia, en la forma que, destacado con énfasis propio, sigue:

"(79) Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el artículo 10 de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños por una infracción del Derecho de la competencia que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de la citada Directiva, fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional, **en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva**".

La STJUE analiza si, a la fecha máxima de trasposición de la Directiva 2014/104 (27/12/2016), el plazo de prescripción de un año, aplicable a esa acción (artículo 1092 del CC) en virtud de la legislación anterior (artículo 1968 del CC), no se había agotado.

La STJUE determina que el plazo de prescripción establecido en el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/104 (cinco años, mínimo) es una disposición sustantiva y que su carácter sustantivo ha de apreciarse a la luz del Derecho de la Unión y no del Derecho nacional aplicable (párrafos 45 y ss. de la Sentencia). La STJUE continúa diciendo en el párrafo (42) que "Una vez determinado el carácter, sustantivo o no, de la disposición en cuestión, habrá de verificarse, en segundo lugar, si, en circunstancias como las del litigio principal, en las que la citada Directiva fue transpuesta tardíamente, la situación de que se trata, en la medida en que no pueda calificarse de nueva se había consolidado con anterioridad a que expirara el plazo de transposición de la referida Directiva o si tal situación continuó surtiendo sus efectos después de la expiración de ese plazo". Para determinar si el artículo 10 de la Directiva resulta aplicable al caso, es preciso verificar que la situación de que se trata en el litigio principal se ha consolidado (por que la acción ha prescrito) o ha continuado surtiendo efectos tras la expiración del plazo máximo de trasposición de la Directiva, por que la prescripción se haya interrumpido o por que ni siquiera se ha iniciado el plazo de prescripción. Así, en el párrafo (48), se vuelve a reiterar con otras palabras lo expresado en el párrafo (42):

"(48) En segundo lugar, toda vez que consta en el caso de autos que la Directiva 2014/104 fue transpuesta al ordenamiento jurídico español cinco meses después de que expirara el plazo de transposición previsto en su artículo 21, ya que el Real Decreto-ley 9/2017, que transpone esta Directiva, entró el vigor el 27 de mayo de 2017, *ha de verificarse, para determinar la aplicabilidad temporal del artículo 10 de dicha Directiva, si la situación de que se trata en el litigio principal se había consolidado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva o si continuaba surtiendo sus efectos tras la expiración de ese plazo*".

Pues bien; si la situación de no prescripción de la acción (por ejemplo, por interrupción de la prescripción o por que ni siquiera se ha iniciado el plazo de prescripción) sigue surtiendo efectos después de la fecha máxima de trasposición de la Directiva, **la STJUE sostiene que el artículo 10 de la Directiva 2014/104 (osea, el plazo de prescripción de cinco años) será aplicable *ratione temporis* al caso de autos.** La STJUE lo expresa en estos términos:

"(74) Parece, pues, que la situación de que se trata en el litigio principal seguía surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, e incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone tal Directiva.

(75) En la medida en que ello suceda en el litigio principal, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente , **el artículo 10 de dicha Directiva (plazo de prescripción de cinco años) será aplicable *ratione temporis* al caso de autos** ".

3º).- Una vez el juez nacional ha constatado que ha expirado el plazo máximo de trasposición de la Directiva 2014/104, sin que haya sido transpuesta, y que la acción no está prescrita conforme al derecho nacional en dicha fecha (27/12/2016) **la STJUE de 22/06/2022 dice al juez nacional que ha de interpretar el derecho nacional de forma que inmediatamente resulte compatible con la Directiva, es decir, que ha de aplicar el plazo de prescripción de cinco años del artículo 10.3 de la Directiva** (actual artículo 74.1 de la Ley de Defensa de la Competencia) en lugar del plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2º del CC. Lo expresa en estos términos literales.

"(77) De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que, en un litigio entre particulares, como es el litigio principal, los órganos jurisdiccionales nacionales, a partir de la expiración del plazo de trasposición de una directiva no transpuesta, deben interpretar el Derecho nacional de tal forma que la situación en cuestión resulte inmediatamente compatible con las disposiciones de dicha Directiva, sin proceder, no obstante, a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2018, Klohn, C-167/17, EU:C:2018:833, apartados 45 y 65)".

Puede plantearse que si el juez nacional aplica el plazo del 10.3 de la Directiva, lo hace en una interpretación *contra legem* del Derecho Nacional, que aplica el plazo de un año del artículo 1968.2º del CC.

Sin embargo, este Juzgador considera que dicha interpretación no ha entendido el razonamiento de la STJUE. Es relativamente sencillo. La STJUE considera que estamos ante una aplicación retroactiva de una disposición sustantiva (artículo 10.3 de la Directiva) cuando la acción está prescrita a la fecha de expiración del plazo de trasposición de la Directiva (27/12/2016). Lógicamente, la STJUE considera que esa aplicación retroactiva del artículo 10.3 está prohibida por el artículo 22.1 de la Directiva. Sin embargo, cuando la acción no está prescrita a fecha 27/12/2016, lo que tenemos es una prescripción, interrumpida o no iniciada, que va a surtir sus efectos con la legislación nacional que ha transpuesto el artículo 10.3 de la Directiva, como máximo, el 27/12/2016 y que debe regularse conforme a dicha legislación nacional. Si la legislación nacional ha transpuesto dicho precepto de la Directiva, como máximo, el 27/12/2016, es evidente que el artículo 1968.2º del CC no resulta de aplicación a la prescripción, por que lo será el artículo de la legislación nacional que haya transpuesto el artículo 10.3 de la Directiva. En ese caso, no es posible interpretación *contra legem* alguna, por que el artículo 1968.2º del CC aparece excluido en su aplicación por el artículo de la legislación nacional que ha transpuesto el artículo 10.3 de la Directiva. En definitiva; *lo que la STJUE pretende es no perjudicar a los justiciables con la aplicación de un plazo más corto de prescripción (artículo 1968.2º del CC) sólo por que el Estado miembro ha transpuesto tarde la Directiva.*

Este Juzgador no sólo viene obligado por tal STJUE, sino que la comparte plenamente.

PRIMERO.3.- DESPUÉS DE LA STJUE DE 22/06/2022, EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DETERMINA NO SÓLO EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN SINO LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: UN AÑO O CINCO AÑOS.

Lo determinante para poder apreciar o no la prescripción es la fijación del *dies a quo* del plazo.

Este Juzgador entiende que el *dies a quo* del plazo de prescripción está fijado por la fecha de firmeza de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, que resolvieron los recursos de casación interpuestos contra las Sentencias de la Audiencia Nacional, que resolvían los recursos contencioso administrativos interpuestos contra la Resolución de la CNMC de 23/07/2015 (también, en adelante, Resolución de 23/07/2015). La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha resuelto un total de 14 recursos de casación. Todas estas SSTs son del año 2021. Se trata de las SSTs, Sala Tercera, de 01/12/2021 (TOYOTA España S.L.U.) (ROJ. STS 4535/2021), de 05/10/2021 (GENERAL MOTORS España, S.L.U.) (ROJ: STS 3623/2021), de 27/09/2021 (MERCEDES-BENZ ESPAÑA, S.A.) (ROJ: STS 3582/2021), de 17/09/2021 (HONDA Motor Europe Limited Sucursal España, S.A.) (ROJ: STS 3476/2021), de 07/06/2021 (NISSAN IBERIA S.A.) (ROJ: STS 2439/2021), de 31/05/2021 (BMW Ibérica, S.A.U.) (ROJ: STS 2286/2021), de 17/05/2021 (HYUNDAI Motor España, SLU) (ROJ: STS 2021/2021), de 13/05/2021 (URBAN SCIENCE ESPAÑA, S.L.U.) (ROJ: STS 2020/2021), de 13/05/2021 (AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.) (ROJ: STS 2047/2021), de 13/05/2021 (FIAT CHRYSLER AUTOMÓVILES SPAIN S.A. y CHRYSLER ESPAÑA S.L.) (ROJ: STS 2040/2021), de 06/05/2021 (VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.) (STS 2019/2021), de 06/05/2021 (RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A.) (ROJ: STS 1878/2021), de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021), y de 19/05/2021 (Mazda Automóviles España, S.A.) (ROJ: STS 2037/2021). Esta última es la única estimatoria de un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23/12/2019 (ROJ: SAN 4392/2019), que fue la única Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó un recurso contencioso interpuesto por los fabricantes de automóviles. Al anular la STS de 19/05/2021 la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23/12/2019, la Audiencia Nacional ha vuelto a dictar una segunda



Sentencia, de fecha 24/05/2022 (ROJ: SAN 3538/2022) en la que, esta vez, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Mazda Automóviles España, S.A. contra la Resolución de 23/07/2015.

Cualesquiera de ellas han podido estimar los recursos de casación presentados y anular las Sentencias de la Audiencia Nacional (también, SSAN ó SAN, en adelante) que resolvían los recursos contencioso administrativos interpuestos por las marcas, concesionarios y empresas consultoras afectadas por la Resolución de 23/07/2015, como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de MAZDA.

Además, todas ellas producen un efecto prejudicial en la presente sentencia cuanto a los hechos que se declaran probados en las SSTs. De tal manera que la parte actora sólo puede tener un conocimiento definitivo y, por tanto, completo de los hechos a los que se refiere la Resolución de 23/07/2015 cuando dicha Resolución deviene firme y sus hechos quedan definitivamente fijados. Y esto se produce cuando todas las SSTs que resuelven los recursos de casación devienen firmes.

No es cierto que la parte actora haya podido tener un conocimiento completo de la Resolución de 23/07/2015 desde la fecha de la publicación de la misma, pues su contenido puede variar en función del resultado de los recursos de casación.

Tampoco es cierto que la parte actora pueda tener un conocimiento completo de la Resolución de 23/07/2015 hasta que se haya resuelto el último recurso de casación interpuesto contra ella. No tiene un conocimiento completo cuando se resuelve por sentencia firme el recurso de casación interpuesto por la marca que fabricó el vehículo por el que reclama la actora por que todos, repito, todos los recursos de casación interpuestos afectan a los hechos que considera acreditados la Resolución de 23/07/2015. Para acreditar lo que acabamos de decir, hacemos un repaso de los motivos del recurso contencioso-administrativo interpuesto por las marcas contra la Resolución de la CNMC, resueltos por las Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional. Las Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y algunos de los motivos del recurso contencioso administrativo interpuesto son los siguientes:

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	BMWIBÉRICA, S.A.U.	627/2015	Desestimatorio

Motivos del recurso

Niega que los intercambios de información por los cuales se le ha sancionado puedan calificarse como de conducta colusoria por el objeto constitutiva de cártel. Niega que el intercambio de información sea de información comercialmente sensible, estratégica y de futuro.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	B&M AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.	617/2015	Desestimatorio

Motivos del recurso

La recurrente, concesionaria de MITSUBISHI, niega que la conducta desarrollada suponga una infracción de la normativa de la competencia. Niega que los intercambios de información en el Foro de Postventa puedan considerarse como una restricción por objeto No se ha acreditado que el Foro de Postventa haya dado lugar a efectos restrictivos de la competencia en el mercado de distribución mayorista de vehículos.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	FORD ESPAÑA SL	656/2015	Desestimatorio

Motivos del recurso

Determinar si el intercambio de la aludida información entre empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles constituye una restricción por objeto -como entendió la resolución administrativa sancionadora- o si, como defienden las recurrentes, en atención a la naturaleza de la información intercambiada -que, en su alegato, no versaba sobre precios- no existen elementos suficientes para poder apreciar la existencia de una infracción por objeto, por tratarse de una conducta legítima. La CNMC ha ampliado la calificación de cártel a intercambios de información en circunstancias no previstas por las normas y jurisprudencia aplicables

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	HONDA MOTOR EUROPE LIMITED SUCURSAL ESPAÑA	666/2015	Desestimatorio

Motivos del recurso



Denuncia la errónea calificación de los hechos como infracción por objeto constitutiva de cártel y la ausencia de valoración de la prueba propuesta. Defiende que los intercambios de información analizados no tuvieron ni objeto ni efecto anticompetitivo.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU (HMES)	570/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Opone que la CNMC no ha probado la exigencia de un acuerdo entre los Fabricantes ni de la práctica concertada, que los intercambios hayan tenido efectos restrictivos de la competencia y que no hayan tenido eficiencias significativas a favor de los consumidores finales así como mejoras para la comercialización y distribución de automóviles en España

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, SL	631/2015	Desestimato

Motivos del recurso

La mercantil recurrente niega que esa práctica suponga una conducta colusoria por el objeto por cuanto no permitió ni facilitó un alineamiento entre las empresas competidoras.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. y AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.,	697/2015	Desestimato

Motivos del recurso

No concurre ninguno de los elementos indispensables para poder apreciar infracción única y continuada ni tampoco para poder apreciar un cártel

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	KIA MOTORS IBERIA, SL.	699/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Sostiene además la entidad recurrente que la resolución ha calificado erróneamente los intercambios de información como una infracción constitutiva de cártel. A ello añade que la finalidad del intercambio no era limitar la competencia mediante la fijación de precios o el reparto de mercado.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	URBAN SCIENCE ESPAÑA S.L.U.	700/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Infracción de los artículos 1LDC y 101 TFUE al no ser la conducta de URBAN restrictiva de la competencia: los servicios de benchmarking prestados por URBAN no constituyen un intercambio de información entre competidores y no pueden ser calificados como restricción por objeto.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.	701/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Niega que los intercambios de información sancionados puedan calificarse como una infracción única y continuada que implica una conducta colusoria por el objeto constitutiva de cártel y que, según la CNMC, englobaría tres comportamientos: Clubs de Marcas, Indicadores de Postventa y Jornadas de Constructores

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	GENERAL MOTORS ESPAÑA, S.L.U.	707/2015	Desestimato

Motivos del recurso

El recurrente sostiene que no concurre ninguno de los elementos indispensables para poder apreciar infracción única y continuada ni tampoco para poder apreciar un cártel de acuerdo con la definición recogida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia



Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	CHEVROLET, S.A.	708/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Denuncia la inexistencia de infracción por objeto en las conductas individuales que realizó Chevrolet. Tales intercambios de información no pueden considerarse infracción por objeto ni cartel y tampoco han generado efectos anticompetitivos en los mercados de distribución y posventa

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES SPAIN, S.A Y DE CHRYSLER ESPAÑA, S.L.	713/2015	Desestimato

Motivos del recurso

A juicio de las entidades recurrentes, la resolución que impugnan incurre en causa de nulidad por sustentar la existencia del supuesto cártel en informaciones erróneas y/o infundadas aportadas por el solicitante de clemencia, en vulneración de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo. Al propio tiempo, suponen que la decisión que recurren es también nula "... por subsumir los intercambios de información dentro de la figura jurídica del cártel, en vulneración del principio de tipicidad. Configurada la infracción como una infracción por objeto, decaen los esfuerzos argumentales desplegados para justificar la inexistencia de efectos en el mercado y los dirigidos, en igual sentido, a denunciar que la CNMC ha incumplido con la carga de probar los efectos restrictivos de la competencia de los intercambios de información.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
19/12/2019	MERCEDES-BENZ ESPAÑA, S.A.	718/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Vulneración de la disposición adicional cuarta de la LDC , al haberse calificado como cártel la conducta infractora imputada a MBE, sin que concurren los requisitos legales exigidos para tal calificación

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
23/12/2019	TOYOTA ESPAÑA, S.L.U	689/2015	Desestimato

Motivos del recurso

La calificación de la infracción como única y continuada, a su juicio errónea por faltar el requisito indispensable de la finalidad o designio concreto buscado por todos los que intervienen en ella. Cuestiona la entidad aquí recurrente la posibilidad de que los intercambios de información pudieran subsumirse bajo la figura de cártel, denunciando de este modo la vulneración del principio de tipicidad. justificar la inexistencia de efectos en el mercado y los dirigidos, en igual sentido, a denunciar que la CNMC ha incumplido con la carga de probar los efectos restrictivos de la competencia de los intercambios de información.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
27/12/2019	NISSAN IBERIA S.A.	624/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Otros de los motivos invocados por la demanda, en los que se pretende desvirtuar la sanción impuesta ante la falta de concreción o materialización de la práctica colusoria en el mercado. Continuando con los problemas de tipificación, abordaremos el que estemos ante una infracción única y continuada

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
27/12/2019	RENAULT COMERCIAL S.A.	682/2015	Desestimato

Motivos del recurso

Vulneración del artículo 25 de la Constitución y con la vulneración de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la LDC , puesto que los intercambios de información en los que participó no puede ser calificado como una infracción de cartel. De manera subsidiaria afirma que los intercambios de información en los que participó no tenían como objeto restringir la competencia, además la CNMC no ha acreditado que haya tenido efecto alguno.

Fecha Sent.	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo
25/04/2022	MAZDA AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A.	663/2015	Desestimato



Motivos del recurso

No existe la pretendida infracción única y continuada por la que se la ha sancionado. Y, en relación con ello, la recurrente denuncia además el error en la valoración de la prueba en la que habría incurrido, a su juicio, la CNMC. La recurrente rechaza expresamente que la conducta produjera efectos contrarios a la competencia en el mercado. La Sentencia indica que "Ello enlaza, por otra parte, con el análisis de la naturaleza de la información intercambiada a fin de determinar si resulta apta para que pudiera consumarse la infracción, y si es suficiente para conceptuarla como una infracción por objeto y sancionarse con independencia de si produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado, lo que la recurrente rechaza de manera expresa".

En casi todos los motivos de recurso se cuestiona que los actos sancionados por la CNMC tengan la consideración de cártel, que haya infracción, que estemos ante una infracción por objeto o que la información intercambiada produjera efectos contrarios a la competencia en el mercado, lo que equivale a decir que no había cártel.

Por lo tanto, la estimación **de cualquier recurso de casación**, puede dar lugar a que la conducta no sea considerada cártel y afecta a los hechos. Pensar que los recursos de casación sólo van a suponer la nulidad de la Resolución y la supresión de la multa al fabricante de automóviles, es desconocer los motivos de los recursos contencioso administrativos interpuestos que son resueltos definitivamente en casación. En cualquiera de sus Sentencias, el TS puede cambiar el sentido de resoluciones anteriores, siempre que haga una motivación suficiente para variar la doctrina jurisprudencial que hasta entonces seguía. Entonces, la cuestión, es:

Sin saber de una forma segura si estamos o no ante un cartel, si hay o no infracción (cártel) o si la conducta ha tenido efectos en el mercado, ¿e/l/a perjudicad/o/a ha de ejercitar la acción *follow on*?

Evidentemente, no.

Con la Ley 15/2007, se sigue manteniendo el requisito de la firmeza de la resolución administrativa o judicial para beneficiarse de la irrefutabilidad de la constatación de la infracción y para poderse aprovechar de la presunción *iuris tantum* de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia. Extremos, ambos, que son fundamentales para el éxito de la acción *follow on*. Así resulta cuando se lee el artículo 75.1 y 2 de la LDC, modificado por el Real Decreto-ley núm. 9/2017, de 26 de mayo. Si quien ejercita la acción *follow on* ante los tribunales quiere beneficiarse de la irrefutabilidad de la constatación de la infracción efectuada por un órgano administrativo o jurisdiccional, ha de esperar a que la resolución administrativa o judicial que la constata sea firme (artículo 76.1 de la LDC). Lo mismo ocurre cuando en la acción *follow on* se reclamen daños y perjuicios. Quien se quiera aprovechar de la presunción *iuris tantum* de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, ha de esperar a que la infracción haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro (artículo 76.2 de la LDC). Asimismo, la prejudicialidad de los hechos declarados probados por la resolución de la jurisdicción contencioso administrativa respecto del procedimiento en el que se ejercitan acciones *follow on* de reclamación de daños está admitida por la STS, Sala Primera, de 20/09/2018 (ROJ: STS 3239/2018), Caso Hernández Tejada, a la que luego nos referiremos.

Esto determina que el *dies a quo* del plazo de prescripción **no empiece, en ningún caso, hasta el 20/04/2021**, fecha del dictado por el Tribunal Supremo de la sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto por AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021). Aunque, como la existencia de infracción puede ser revisada también en la última sentencia dictada, una interpretación no estricta ni restrictiva del instituto de la prescripción nos lleva a fijar el *dies a quo* **el 25/04/2022**, fecha en que la Audiencia Nacional dicta la segunda sentencia de MAZDA, dado que la primera sentencia dictada por la Audiencia Nacional, estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de MAZDA fue anulada en casación por el Tribunal Supremo, obligando a la Audiencia Nacional a dictar una segunda sentencia, en este caso, desestimatoria del recurso contencioso administrativo. Esta sentencia cuestiona que haya cártel, que la conducta produzca efectos contrarios a la competencia en el mercado y que exista la infracción. **Contra la Sentencia de 25/04/2022, cabe recurso de casación** que, si se estima, puede afectar de manera importante a la Resolución de 23/07/2015.

En definitiva, la Resolución de 23/07/2015, como pronto, ha devenido firme el 25/04/2022.

La acción *follow on* ha de partir de una infracción acreditada, y esto sólo se obtiene cuando la resolución de la CNMC alcanza firmeza que, por los motivos de los recursos contencioso administrativos se ve que la estimación de cualquiera de ellos puede afectar a la infracción.

A partir de aquí, se aplica la STJUE de 22/06/2022 que no admite que **se perjudique a los justiciables aplicándoles un plazo de prescripción más corto que el del artículo 10.3 de la Directiva, cuando en la fecha**

máxima en que debió trasponerse la Directiva (el 27/12/2016) la acción no estaba prescrita conforme al derecho nacional.

Pues bien; en el presente caso, la acción no sólo no está prescrita a 27/12/2013 sino que, ni siquiera ha nacido a los efectos de la prescripción, puesto que el plazo para ejercitarla comienza, como pronto, el 25/04/2022.

En tal caso, lo que la STJUE dice es que el plazo de cinco años del artículo 10.3 de la Directiva se aplica tanto a la acción que no haya terminado de prescribir a 27/12/2016, como a cualquier acción que inicie el plazo de prescripción con posterioridad a esa fecha, como sería el presente caso, en que se inicia el plazo de prescripción, como muy pronto, el 25/04/2022. No se aplica, por tanto, el plazo de prescripción de un año.

De tal manera que la acción ni ha prescrito cuando se interpone la demanda (11/05/2022) ni prescribe hasta el 25/04/2027, como muy pronto; es decir, cinco años después del dictado por la Audiencia Nacional de la Sentencia de 25/04/2022.

La excepción de prescripción ha de ser desestimada.

SEGUNDO.- LA ACCIÓN EJERCITADA, EL DAÑO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

En la contestación de la demanda se contienen una serie de alegaciones que vamos a ir comentado y que podemos resumir en las siguientes:

"Estos pronunciamientos de la Resolución (que insistimos constituyen presupuestos fácticos inamovibles de los que hay que partir necesariamente en este procedimiento) impiden que la Demanda pueda plantearse asumiendo o presuponiendo la existencia de daños que nadie ha declarado".

La demanda no puede plantearse presuponiendo la existencia de daños pero por la prejudicialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, sí puede considerarse acreditada la infracción de las normas de la competencia.

"O dicho de otra forma, como señala la CNMC, los Intercambios de Información tuvieron lugar en el mercado mayorista y no incluyeron información sobre precios, por lo que no es posible presumir o dar por hecho que unos Intercambios de Información en el mercado mayorista, que no incluían precios de venta, provocaron un sobreprecio en la concreta compra del Vehículo objeto de este procedimiento".

No se comparte la alegación de la representación procesal de la parte demandada. Como luego explicaremos, al comentar las SSTS de la Sala Tercera que han resuelto los recursos de casación interpuestos por los fabricantes de automóviles y empresas consultoras, la información intercambia permitía a los fabricantes conocer los precios finales de la competencia, si no de forma exacta, sí de forma bastante aproximada y, lo suficiente, para eliminar la competencia en el mercado.

"...corresponde a la parte actora la inexcusable carga de probar: (i) que los Intercambios de Información provocaron sobrecostes en el mercado minorista, (ii) el concreto sobrecoste (daños) que la Demandante habría sufrido con ocasión de la operación de compra de su Vehículo; y (iii) el nexo causal directo entre la conducta de la Demandada y dicho sobrecoste que el Demandante dice haber experimentado, ex artículo 217 de la LEC (vid. FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO)".

Efectivamente; esto debe ser tal cual expone la representación procesal de la parte demandada.

"Pero es que, además, la actora tampoco hace el menor esfuerzo por tratar de acreditar la necesaria relación de causalidad que debería haber entre la conducta de la Demandada (los Intercambios de Información que se declaran en la Resolución) y los daños que se reclaman".

Como tendremos ocasión de explicar al analizar la relación de causalidad, en los daños causados por infracción de las normas de la competencia, la relación de causalidad es de carácter probabilístico. Lo que quiere decir que las representaciones procesales de los fabricantes de automóviles no pueden exigir la misma precisión en la determinación de la relación de causalidad en un accidente de tráfico que en los daños por infracción de las normas del derecho de la competencia aunque en ambos casos se infrinja el artículo 1902 del CC:

"...no nos encontramos ante un cartel de fijación de precios o de reparto de mercado en el que pudiera asumirse o anticiparse de algún modo el establecimiento de un sobreprecio por acuerdo de los partícipes que después se aplicara o transmitiera aguas abajo (a concesionarios y consumidores)...Aunque lo dicho en los dos puntos anteriores es más que suficiente, todavía hay una tercera cuestión que abunda en la manifiesta improcedencia de la pretensión que se ejercita en la Demanda: la información intercambiada no incluía ni hacía referencia a los precios de venta al público de los vehículos".



Cierto que no es un cartel de fijación de precios. Pero si es un cártel que proporciona la suficiente información como para poder permitir a los fabricantes que participan en él la determinación del precio final de los competidores con bastante precisión.

Todo ello lo vamos a desarrollar en los epígrafes que subsiguen.

SEGUNDO.I.- LA ACCIÓN EJERCITADA.

Se está ejercitando una acción *follow on*, como consecuencia del dictado de la Resolución de 23/07/2015 por la CNMC declarando una infracción del derecho de la competencia.

El documento denominado COMMISSION STAFF WORKING PAPER (también, CSWP, en adelante)[SEC(2008) 404] es un documento que acompaña al Libro Blanco de las acciones de daños por infracción de las normas de defensa de la competencia [WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (COM(2008) 165 final)]. Tanto el Libro blanco, como el CSWP, como dos documentos más que acompañan al Libro blanco [con las referencias SEC (2008) 405) y (SEC (2008) 406)] son de 02/4/2008. Pues bien, el CSWP es el primero en referirse a las acciones *follow-on* y *stand alone*, en estos términos:

" *Follow-on* actions are civil actions brought after a competition authority has found an infringement.

Stand-alone actions are civil actions which do not *follow on* from a prior finding by a competition authority of an infringement of competition law".

Traducimos libremente lo anterior:

Las acciones de seguimiento (*follow-on*) son acciones civiles iniciadas después de que una autoridad de competencia ha encontrado una infracción.

Las acciones autónomas (*stand alone*) son acciones civiles que no se derivan de un fallo previo de una autoridad de la competencia por una infracción del Derecho de la competencia.

En el considerando (34) de la Directiva 2014/104 se explica que "la constatación de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños. Por consiguiente, debe considerarse que esa constatación ha sido establecida de modo irrefutable en las acciones por daños en relación con dicha infracción, ejercitadas en el Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o ante un órgano jurisdiccional competente. **Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material** (el mercado afectado) , **personal** (las empresas partícipes en la infracción) , **temporal** (la duración de la misma) **y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones.** Cuando en una resolución se declare que se infringe el Derecho nacional de la competencia en casos en que se aplican simultánea y paralelamente el Derecho de la competencia de la Unión y el nacional, se debe considerar asimismo que esa infracción queda constatada de modo irrefutable".

Este carácter irrefutable de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes viene establecido en el artículo 75.1 de la LDC, en estos términos:

"1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español".

Por otra parte el artículo 76 de la LDC, Cuantificación de los daños y perjuicios, establece que "1.- La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante" y "3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario".

Ninguno de los preceptos resulta aplicable al caso, por impedirlo la Disposición Transitoria primera del Real Decreto-ley 9/2017 de transcripción de la Directiva 2014/104, que prohíbe que se apliquen retroactivamente los artículos 75 y 76 de la LDC, redactados conforme a dicho Real Decreto-ley.

Por tanto, nos quedamos con que el demandante tiene la carga de probar el daño y la relación de causalidad.

Cierto que tampoco podemos aplicar el carácter irrefutable de las decisiones de la CNMC anteriores al 27/12/2017 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017) y hacer incuestionables **la naturaleza de la infracción y su alcance material** (el mercado afectado) , **personal** (las empresas partícipes en la infracción) , **temporal** (la duración de la misma) **y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia.**



Pero nada nos impide aplicar la prejudicialidad de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa y valorar qué incidencia tiene en el caso dicha prejudicialidad, sobre todo, a la hora de acreditar el daño.

SEGUNDO.II.- PREJUDICIALIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

A la hora de determinar la incidencia de la prejudicialidad civil de las Sentencias de la JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA partimos de la STS, Sala Primera, de 20/09/2018 (ROJ: STS 3239/2018), Caso Hernández Tejada, en su supuesto de defensa de la competencia en asuntos de gasolineras. Esta resolución dice claramente, con cita de la *sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre*, que los hechos probados declarados por las resoluciones firmes de la jurisdicción contencioso administrativa vinculan a los tribunales civiles; y que si el tribunal civil se aparta de esos hechos probados, debe hacerlo de una forma motivada:

" 2.- En suma, los tribunales **deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia.** Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes".

Dicha conclusión la sustenta la STS de en la *sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre*, que fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, al declarar:

"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).

"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)".

Luego, los hechos declarados probados por las resoluciones firmes de la jurisdicción contencioso administrativa vinculan al Juzgador civil. Sólo si quiere separarse de ellos, precisa motivar por que los hechos son distintos a los declarados probados por el tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa y cuáles son las fundamentaciones en que se basa.

Pues bien; en el presente caso tenemos resoluciones firmes de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional, que han analizado una serie de hechos que resultan de los recursos contencioso administrativos interpuestos por los fabricantes de automóviles contra la Resolución de 23/07/2015. Interesa destacar cuáles son esos hechos y si esos hechos pueden o no ser enjuiciados de manera diferente por el juez civil.

Vamos a partir de las SSTS, Sala Tercera, de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021) (recurso de casación interpuesto por TOYOTA ESPAÑA, S.L.U.) y de dos SSAN que tienen la misma redacción en la parte que ahora interesa destacar: la SAN de 24/05/2022 (ROJ: SAN 3538/2022), segunda sentencia que resuelve el recurso de MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A., dese4stimándolo; y la SAN de 23/12/2019 (ROJ: SAN 5029/2019), que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por TOYOTA ESPAÑA, S.L.U. contra la Resolución de 23/07/2015; esta última sentencia es firme, por haberse desestimado el recurso de casación interpuesto por TOYOTA ESPAÑA, S.L.U. por la STS de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021). Las principales conclusiones que obtenemos de esta STS son las siguientes:

1ª).- Estamos ante una infracción que debe ser calificada como una restricción por objeto que tiene un grado de nocividad para la competencia. La SAN de 23/12/2019, dice al respecto lo siguiente:



"Una valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud *per se* para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia; con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

2ª).- Las SSTS, Sala Tercera de 1 de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021), que es la que confirma la SAN de 23/12/2019, califican el acuerdo como infracción por objeto y con el suficiente grado de nocividad para la competencia. Asienta la siguiente doctrina jurisprudencial [SS TS de 01/12/2021 (TOYOTA España S.L.U.) (ROJ. STS 4535/2021), de 05/10/2021 (GENERAL MOTORS España, S.L.U.) (ROJ: STS 3623/2021), de 07/06/2021 (NISSAN IBERIA S.A.) (ROJ: STS 2439/2021), de 31/05/2021 (BMW Ibérica, S.A.U.) (ROJ: STS 2286/2021), de 17/05/2021 (HYUNDAI Motor España, SLU) (ROJ: STS 2021/2021), de 13/05/2021 (URBAN SCIENCE ESPAÑA, S.L.U.) (ROJ: STS 2020/2021), de 13/05/2021 (AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.) (ROJ: STS 2047/2021), de 13/05/2021 (FIAT CHRYSLER AUTOMÓBILES SPAIN S.A. y CHRYSLER ESPAÑA S.L.) (ROJ: STS 2040/2021), de 06/05/2021 (VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.) (STS 2019/2021), de 06/05/2021 (RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A.) (ROJ: STS 1878/2021), de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021)]:

"La apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo de intercambio de información entre empresas competidoras exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias en las que se producen las prácticas, singularmente, el marco concreto en el que se producen los acuerdos, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados.

La calificación de un acuerdo de intercambio de información como infracción "por objeto" exige que resulte debidamente acreditado que tiene un grado suficiente de nocividad para la competencia mediante el examen de aspectos relevantes, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, tal como se expone en el FJº 4º".

3ª).- Las citadas SSTS de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021) explican claramente que un intercambio de información entre empresas competidoras de precios y otros aspectos comerciales como el descrito, es constitutivo de conducta colusoria o cártel por que está dirigido a hacer desaparecer la incertidumbre del mercado y es apto para homogeneizar los comportamientos comerciales de los competidores en el mercado. Lo expresa en estos términos:

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

4ª).- Las SSTS, Sala Tercera, de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021) establecen que



la información de la que dispusieron los fabricantes de automóviles sancionados por la Resolución de 23/07/2015 sobre los márgenes comerciales con los que operan en el mercado los distintos fabricantes de automóviles **permite a las empresas conocer el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes**, disminuyendo la competencia en el mercado.

"La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre : a) **la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosada por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios), b) márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, verificación de objetivos y financiación de vehículos adquiridos por los concesionarios, c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de las redes, d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de postventa, e) campañas de marketing al cliente final, e) programas de fidelización de los clientes, f) políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y mejores prácticas de gestión de sus redes y g) cifras de ventas mensuales desglosadas por modelos de automóviles.**

Los intercambios consisten en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos, importes de beneficios respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa), datos actuales que se transmiten una vez obtenidos, de forma confidencial y secreta (con identificación por dígitos y de forma oculta), facilitados con carácter periódico (con carácter semestral o la remisión mensual, trimestral o anual en función del informe a elaborar por Urban), siendo, en suma, información comercial sensible y apta para reducir la incertidumbre en el proceso de determinación de los precios y en la conducta futura de las competidoras, que afecta gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.

*Vemos así que gran parte de la información compartida entre las empresas del automóvil se refiere a la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios, que incorpora datos relativos a elementos y variables de los precios **con influencia en el precio final de venta.***

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

Para este Juzgador, son relevantes para el conocimiento de los precios finales:

1º).- "La rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa", tal como indica la Resolución de la CNMC de 23/07/2015 (párrafo segundo, pág. 26), estos eran parte de la gran cantidad de datos que comprendían los intercambios de información. Ambos datos, rentabilidad y facturación, son muy relevantes para determinar los precios finales.

2º).- Los intercambios de información sobre márgenes comerciales. La Resolución de la CNMC de 23/07/2015 (párrafo segundo, pág. 26) se refiere al intercambio de información sobre los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios.

3º).- Las retribuciones fijas y variables de los concesionarios. Como explican las resoluciones comentadas, Precio final al consumidor = Precio franco fábrica - retribución fija del concesionario - retribución variable del concesionario. El incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios y las cifras de ventas mensuales desglosadas por modelos de automóviles. Todos ellos permiten determinar de una forma *bastante aproximada* los precios finales de venta de los vehículos del resto de las marcas del cártel. Para este Juzgador, el precio franco fábrica, es muy determinante del precio final al que vende el concesionario. Tal como hemos indicado, Precio final al consumidor o cliente final = Precio franco fábrica - retribución fija del concesionario - retribución variable del concesionario. Nos dice la Resolución de la CNMC de 23/07/2015 (párrafo cuarto, pág. 19) que "la retribución variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica". En ese caso, el concesionario, en el momento de la venta, ha de hacer el cálculo de sus beneficios y sus descuentos al consumidor o destinatario final sobre su retribución fija. Si en algún momento llega a hacer



un descuento que elimina su retribución fija, ha de fiarlo todo a conseguir unos objetivos, normalmente futuros o diferidos, que le permitan cobrar la retribución variable o *rappel*. Por tanto, la retribución fija del concesionario es muy determinante en beneficios del concesionario y descuentos al cliente final. *Lo que lleva configurar el precio franco fábrica como un precio muy determinante del precio final o bastante aproximado al precio final.*

4º).- Las estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de las redes. Aportan información para determinar el precio final por que ayudan a determinar los precios de los concesionarios.

5º).- Las cifras de ventas mensuales desglosadas por modelos de automóviles. Permiten eliminar la competencia por segmentos, pues se sabe cuáles son los modelos de cada marca que compiten en el mismo segmento.

Todo ello lleva a un conocimiento de precios finales de los competidores, si no exacto, bastante aproximado.

La SAN de 23/12/2019 (ROJ: SAN 5029/2019) explica la importancia de la información compartida sobre la retribución variable de los concesionarios; y esta importancia no es otra que todos los fabricantes de automóviles **pueden conocer el precio final de venta al consumidor del resto de fabricantes**, con sólo realizar una sencilla operación: Precio final al consumidor = Precio franco fábrica - retribución fija del concesionario - retribución variable del concesionario. Lo explica en estos términos:

"El carácter estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre **el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta** recomendado comunicado por la marca es la cantidad que **e resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución** variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) **se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios.** El intercambio de información sobre este último **permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado** por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado".

La SAN de 23/12/2019 (ROJ: SAN 5029/2019) habla de que se llega a elaborar una "fichero Excel denominado "Comparativa Sistema de Remuneración", en el que se incluía un casillero a rellenar por cada una de las marcas (folio 8373 y 620 a 626, y folios 5.442 a 1564 y 12.209 del expediente administrativo). En abril de 2012 las marcas intercambiaron las cifras de los márgenes comerciales que imputaban a sus redes comerciales (folio 10.029 y reunión de 19 de abril de 2012- folios 2237 a 2340 y 10.270 y 15.232-15.233, véanse también folios 14.443 a 15.464 y correo de 12 de septiembre de 2012 remitido sobre remuneración en VN de la R2, folio 15.479 y folio 15.313 expediente administrativo)".

5ª).- Las referidas SSTS, Sala Tercera, de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 explican que estos intercambios sobre márgenes comerciales no sólo permiten a los fabricantes de automóviles determinar el precio final actual de sus competidores, **sino que también permiten determinar el precio futuro de los competidores, reduciendo la incertidumbre del comportamiento del mercado:**

"En ella [sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016)], también sostuvimos que, aun siendo datos referidos al presente, "se trata de una información con proyección futura" pues desvela elementos esenciales del precio que se puede aplicar en el futuro, lo que implica poner en conocimiento del competidor información que revela no solo la estrategia comercial actual sino la correspondiente a un futuro cercano, con el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado, lo que permite alcanzar la conclusión, al igual que lo hicimos en la citada sentencia, de que el intercambio de esta información constituye una práctica concertada que puede considerarse una infracción por el objeto, ya que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado".

Es en la proyección futura de precios donde resulta más fácil para los fabricantes llegar a un acuerdo sobre precios.

6ª).- La citada SAN de 23/12/2019 (ROJ: SAN 5029/2019) no deja margen de duda a la hora de considerar acreditado **que los fabricantes de automóviles que participaban en el cártel eran plenamente conscientes de que estaban intercambiando precios, y que dicha conducta era sancionable.** Transcribe un revelador correo electrónico de NISSAN, de 9 de marzo de 2012, en el que este fabricante de automóviles reconoce que un intercambio de precios como el que en ese momento se está planteando entre los fabricantes de automóviles del cártel ["intercambio de precios similar al que (aquí) se plantea"] supone una infracción grave de la Ley de Defensa de la Competencia:

" Asimismo, la prueba documental obrante en autos acredita que las empresas participantes eran conocedoras del carácter ilícito de los citados intercambios y de forma expresa, la ilicitud de los intercambios fue puesta de manifiesto en el correo interno de NISSAN de 9 de marzo de 2012 (folio 9894) en el que se dice que *"cualquier intercambio de información de precios, tanto minoristas como mayoristas supone una infracción grave de la ley de defensa de la competencia. En el último expediente tramitado por la Comisión Nacional de la Competencia en un intercambio de precios similar al que se plantea han recaído dos sanciones de 2 millones de euros para cada una de las empresas implicadas. El simple hecho de intercambiar emails sobre este tipo de cuestiones ya supone en sí mismo un alto riesgo. Por tanto, mi recomendación legal es abstenerme del intercambio planteado"*.

7ª).- Las citadas SSTs de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021) y de 01/12/2021 (ROJ: STS 4535/2021) no dejan ninguna duda a la hora de calificar como cártel estos intercambios de información sobre elementos que condicionan, integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieran directamente a precios finales. Sienta la siguiente doctrina jurisprudencial [SS TS de 01/12/2021 (TOYOTA España S.L.U.) (ROJ: STS 4535/2021), de 05/10/2021 (GENERAL MOTORS España, S.L.U.) (ROJ: STS 3623/2021), de 07/06/2021 (NISSAN IBERIA S.A.) (ROJ: STS 2439/2021), de 31/05/2021 (BMW Ibérica, S.A.U.) (ROJ: STS 2286/2021), de 17/05/2021 (HYUNDAI Motor España, SLU) (ROJ: STS 2021/2021), de 13/05/2021 (URBAN SCIENCE ESPAÑA, S.L.U.) (ROJ: STS 2020/2021), de 13/05/2021 (AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.) (ROJ: STS 2047/2021), de 13/05/2021 (FIAT CHRYSLER AUTOMÓVILES SPAIN S.A. y CHRYSLER ESPAÑA S.L.) (ROJ: STS 2040/2021), de 06/05/2021 (VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.) (STS 2019/2021), de 06/05/2021 (RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A.) (ROJ: STS 1878/2021), de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) (ROJ: STS 1795/2021)]:

"Los intercambios de información sobre elementos que condicionan, integran o afectan de manera relevante a los precios, aunque no se refieran directamente a precios finales, constituyen una infracción por objeto y pueden ser considerados como cártel de acuerdo con las consideraciones expuestas en el Fundamento jurídico 5º".

SEGUNDO.III.- EL DAÑO Y LA PRUEBA DEL DAÑO.

La exposición del punto SEGUNDO II, sobre la base de la prejudicialidad de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo, nos permite sostener que los fabricantes del cártel conocían con bastante aproximación los precios finales de los competidores; y que dicho conocimiento eliminaba el factor de incertidumbre que debe tener un mercado de libre competencia y homogeneizaba las conductas de los fabricantes de automóviles, con el efecto de afectar de forma nociva a la competencia.

Pues bien, uno de los efectos nocivos producidos por tal conducta es el de que los precios pagados por los consumidores o clientes finales en un mercado cartelizado fueron superiores a los que habrían pagado en un mercado no cartelizado. Y que **el daño** causado al consumidor o cliente final es, precisamente, la cantidad que ha pagado de más por adquirir el vehículo en un mercado cartelizado.

La propia Resolución de 23/07/2015 lo reconoce cuando dice " *La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los períodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de **menores descuentos** ..."* (pág. 92). Menores descuentos significa que el consumidor final paga un precio más alto del que debía haber pagado en una situación de libre competencia.

Sin embargo, lo que acabamos de afirmar, para ser del todo cierto, debe ser matizado. Hay unos factores que, según la ciencia económica, determinan el precio del producto, tanto en un mercado cartelizado como no cartelizado. Estos factores son los siguientes:

1º).- La demanda. Cuanto más demanda hay de un producto, más alto es el precio.

2º).- Los costes. Cuanto más altos son los costes de un producto, más alto es el precio.

3º).- Las características del producto. Cuanto más complejo y sofisticado es un producto más alto es el precio.

Estos tres factores son siempre determinantes del precio en un mercado de libre competencia, sin cárteles.

También pueden influir en el precio, el tipo de mercado en el que nos encontremos, es decir, lo que el mercado concreto se aproxima o se aleja de un mercado de libre competencia. Afecta al precio, el número de competidores que hay en el mercado, no es lo mismo un mercado con dos, tres cuatro o cinco competidores; también influye la capacidad de negociación de los consumidores, las condiciones de mercado, etc...Aún así, en condiciones de libre competencia, siempre influyen los factores 1º) a 3º) a los que nos hemos referido.



Por tanto, la prueba del daño que debe efectuar la parte demandante, debe tener el suficiente grado de razonabilidad como para ser capaz de determinar qué parte del sobreprecio se debe al cártel y qué parte del sobreprecio se debe a la demanda, los costes y las características del producto, dado que sólo puede reclamar el daño causado por el sobrecoste que se debe al cártel y no el sobrecoste producido por el resto de los factores que, según la ciencia económica, determinan el precio.

Luego el daño causado a la parte actora no sólo puede ser determinado por la conclusión obtenida a partir de la prejudicialidad de la jurisdicción contencioso administrativa: que el conocimiento aproximado del precio final de los productos que obtuvieron los fabricantes de automóviles participantes del cártel se tradujo en un aumento de precio del producto para el consumidor o cliente final, por que restringió o eliminó la libre competencia; es decir, eliminó el factor de incertidumbre del mercado y homogeneizó el comportamiento de los fabricantes.

El daño ha de ser determinado a partir de una prueba -normalmente, pericial- que sea lo suficientemente razonable como para permitir discriminar los sobreprecios causados por el cártel de los sobreprecios debidos a la demanda, los costes y las características del producto.

SEGUNDO.IV.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

El Tribunal de Justicia tiene declarado que puesto que no existen normas a nivel de la UE sobre esta relación de causalidad, corresponde al Derecho nacional regular las modalidades de aplicación del concepto de "relación de causalidad", siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartados 61 y 64; asunto C-453/99, Courage, Rec. 2001, p. I- 6297, apartado 29).

PEÑA LÓPEZ (La responsabilidad civil por daños a la libre competencia. Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2018) explica:

a) Que la causalidad en los daños causados por los ilícitos antitrust tiene un carácter esencialmente probabilístico: señala: "Precisamente esta imposibilidad de determinar con exactitud los efectos que producen determinados antecedentes, se da con toda intensidad en el ámbito que ahora nos ocupa. En efecto, en el mundo de los daños causados por conductas anticoncurrenciales la naturaleza esencialmente probabilística de la causalidad material se aprecia con toda claridad"

b) Que para adecuar el concepto de causalidad material empleado en la jurisprudencia española al principio de efectividad, es necesario que incluso para los daños emergentes y no sólo el lucro cesante, no se siga una postura determinista sino otra menos exigente, consistente en acreditar una probabilidad rayana en la certeza.

Asimismo, en cuanto a la "relación de causalidad", interesa recordar lo señalado por el prof. QUIJANO GONZÁLEZ ("Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial", en La aplicación privada del derecho de la competencia, Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, Dirs.,Valladolid, 2011, pág. 487): "una estimación razonable del nexo causal en este ámbito debería tener en cuenta consideraciones similares a las ya efectuadas en relación con los otros presupuestos: así, estando el daño probado, una reclamación de responsabilidad subsiguiente a una infracción de competencia ya declarada debería beneficiarse de una presunción de conexión causal entre el acto ilícito y el daño; más aún si el propio daño consiste en la repercusión de costes excesivos, objeto a su vez de presunción."

Dada la dificultad de determinar la relación de causalidad, se acude a las presunciones. Concretamente, el artículo 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, introducido por el Real Decreto-ley núm. 9/2017, de 26 de mayo, dispone lo siguiente:

"3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario".

Sin embargo, dicho precepto entró en vigor el 27/05/2017 y no resulta aplicable de forma retroactiva al presente caso.

También se acude a la prueba indiciaria: la sentencia del TGUE de fecha 12 de diciembre de 2014 asunto T-562/08): "Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en



la mayoría de los casos, **la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia** (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).

De nuevo, hemos de reiterar la cita de la propia Resolución de 23/07/2015, cuando dice " *La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los períodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de **menores descuentos** ...*" (pág. 92). Dentro del daño causado al consumidor o cliente final hay que incluir el mayor precio pagado como consecuencia de la reducción de los descuentos al consumidor final. Esa reducción de descuentos es una parte del daño causado al consumidor final. Luego, ya tenemos establecida una relación de causalidad entre el daño y la conducta infractora: los menores descuentos sufridos por el consumidor final. Estos menores descuentos computan económicamente a la hora de determinar el daño, aunque no se incluyan en el sobreprecio del cártel. El daño, sería el perjuicio económico producido por la suma del aumento de precios producido por el cártel más la cantidad que han perdido en menores descuentos los consumidores o clientes finales.

En todo caso, debemos analizar la relación de causalidad, en primer lugar, con una correcta determinación del daño. Para la correcta determinación del daño hemos la parte actora ha de acreditar de una forma razonable el sobreprecio debido al cártel, lo que supone discriminar y descontar el sobreprecio debido a los factores que, según la ciencia económica, inciden en el precio.

Y una vez determinado el daño debido al sobreprecio producido por el cártel, podemos afirmar **con una probabilidad alta** (*eso quiere decir el carácter probabilístico de la relación de causalidad*) *que ese sobreprecio se debe a las conductas de los fabricantes de automóviles y al conocimiento que logran sobre los precios finales de los vehículos de la competencia.* Y ello, por que estamos en condiciones de descartar que ese sobreprecio se deba a los factores que, según la ciencia económica, determinan el precio y por que tenemos probada una infracción de los fabricantes que ha producido efectos nocivos sobre la competencia. También quedan acreditados **los menores descuentos** padecidos por los consumidores finales que reconoce expresamente la Resolución de 23/07/2015, concepto que no formaría parte del sobreprecio del cartel, pero que si hay que computar como daño al consumidor que, al final, se traduce en pagar más por el vehículo. Sólo hace falta añadir **el ánimo de lucro que está en la base de todas las sociedades mercantiles**, para concluir que los fabricantes han tendido a optimizar sus beneficios vendiendo a los precios más altos posibles. El resultado de todo ello es que, **muy probablemente**, los consumidores y clientes finales han pagado precios más altos que los que hubieran pagado en un mercado con libre competencia.

Por tanto, al igual que ocurría con la acreditación del daño, seguimos fiando la acreditación de la relación de causalidad a una prueba pericial razonable de la parte demandante capaz de acreditar y discriminar la subida de precio que se debe al cártel (el daño causado, medido por una variable explicativa cártel) y la que se debe al resto de los factores que, según la ciencia económica, producen también subida de precios y que no pueden ser considerados daño. Utilizando una fórmula econométrica adecuada y variables que midan demanda, costes y características del producto, es posible calcular el sobrecoste que se debe al cártel y diferenciarlo del sobrecoste que pueda deberse a los factores económicos que inciden en el precio. Con ello estamos determinando la causalidad, es decir, qué porcentaje de sobreprecio se debe al cártel, y lo estamos distinguiendo del sobreprecio que se debe al juego normal de los factores económicos que inciden en el precio, que no constituye daño y, por tanto, no es reclamable. Si el porcentaje del sobreprecio del cártel es positivo, ya tenemos explicada la relación de causalidad entre el cártel y el daño producido, que resulta de aplicar el porcentaje de sobreprecio del cártel al precio de compra del vehículo. Pero, aún así, no evitamos estar ante un cálculo probabilístico o estadístico, puesto que cualquier modelo econométrico cumple un porcentaje de explicación del precio que nunca es el 100% de la explicación de ese precio. Nos estamos refiriendo a la aplicación al modelo de cálculo econométrico del coeficiente denominado R² (R-squared) y/o R² ajustado (adjusted Rsquared). Este coeficiente refleja el porcentaje de la variación de la variable independiente que es explicada por el modelo, siendo sus valores extremos posibles el 0% (desconocimiento total) y el 100% (conocimiento absoluto). Dicho en términos coloquiales, cómo de buenas son las variables explicativas utilizadas en el modelo (entre ellas, la variable cártel, además de las que hacen referencia a la demanda, costes, características del producto, etc...) para obtener la variable explicada (precio). Lógicamente valores R² del 100% son imposibles en el análisis de modelos sociales complejos ya que siempre hay un nivel de error que forma parte de la imprevisibilidad o aleatoriedad de los sucesos. Hemos de conformarnos con porcentajes de explicación de precios inferiores y, por tanto, probables. En la práctica valores R² inferiores a un 50% son descartables y superiores al 70% o 75% indican ya una fuerte capacidad explicativa del modelo.



TERCERO.- EL PROBLEMA DE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA CONDUCTA INFRACTORA.

TERCERO.1.- REQUISITOS QUE HA DE CUMPLIR LA PRUEBA PERICIAL PARA CUANTIFICAR EL DAÑO.

La prueba pericial que ha de acreditar el daño causado por la infracción de las normas de competencia ha de cumplir unos mínimos:

1º).- Ha de partir de bases correctas y utilizar un método razonable entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales (STS de 10/10/2013, ROJ: STS 5819/2013 , **del llamado cártel del azúcar**). Debe insistirse en que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción (Guía, párrafo 30). Por lo demás, la referida Sentencia es muy clara a la hora de determinar la carga de la prueba respecto a la repercusión del sobreprecio realizada por el cliente indirecto (transportista). Es el llamado *passing-on*. La resolución dice que debe probarlo el demandado, y lo expresa como sigue:

"QUINTO.- Valoración de la Sala. Admisibilidad de la defensa del " *passing-on*". Carga de la prueba

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

2º).- **Los métodos razonables del cálculo de daños vienen explicados en la Guía, que opta por los métodos comparativos. El punto fuerte de todos los métodos comparativos radica en el hecho de que utilizan datos de la vida real que se observan en el mismo mercado o en un mercado similar (párrafo 37). Son métodos comparativos la Comparación diacrónica en el mismo mercado, Comparación con datos de otros mercados geográficos, Comparación con datos de otros mercados de productos y Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados. Según la información de la que se disponga, pueden utilizarse técnicas sencillas: datos obtenidos individuales, medias, interpolación y ajustes simples. Pueden lograrse ajustes más sofisticados de los datos de comparación obtenidos con técnicas econométricas, en particular mediante el uso del análisis de regresión, que se describe en la sección 2. Para el análisis de regresión se utilizan dos métodos o modelo: el predictivo y el de la variable ficticia.** El método predictivo tiene la ventaja de que permite elegir un modelo de regresión que se basa únicamente en datos obtenidos en el periodo sin infracción (y, por tanto, no afectados por los efectos de la infracción) para proyectarlos en el periodo de la infracción, y establecer la diferencia con lo ocurrido a consecuencia de la infracción y la proyección obtenida del periodo en que no hubo infracción. **El método de la variable ficticia** tiene la ventaja de utilizar datos de ambos periodos/mercados, lo que puede permitir una estimación más precisa y exacta de los parámetros de estudio, especialmente si los datos disponibles sin infracción son limitados o no permiten captar plenamente la dinámica del sector en cuestión. En la práctica, a menudo pueden combinarse ambos métodos. La elección del método adecuado puede depender de los datos de que se dispongan y de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas.

3º).- Los requisitos procesales en la valoración de las pruebas para cuantificar el daño han sido determinados en el ámbito de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, por la Sentencia nº 331/2022, de 06/05/2022 (Recurso de apelación 628/2019), del Pleno de la Sección, en la que se recogen los criterios expuestos en las Sentencias nº 487/2021 de 10/12/2021, nº 43/2022, de 28/01/2022. Las pautas que se obtienen de dichas resoluciones son las siguientes:

i).- La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No es posible desestimar la demanda por el hecho de que se considere que el informe pericial aportado por la parte demandante no resulta óptimo o suficientemente preciso para determinar el sobreprecio sufrido por la demandante, es decir, que presente carencias de diverso tipo (amplitud o alcance de la muestra, variables aplicadas, método empleado, etc.)

ii).- La cuantificación debe sustentarse en una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables - STS de 7 de noviembre de 2013, FJ 7.3 -. Por ello *no deben confundirse las facultades estimativas con el estándar mínimo de prueba*. Las facultades estimativas son aplicables para corregir el problema que representa la aproximación a la cuantía de los daños en los informes periciales, pero no exoneran al demandante de ofrecer una valoración de los daños al menos aproximativa y razonable - aunque no resulte



precisa o se introduzcan variables necesariamente hipotéticas- de acuerdo con los hechos que sustentan la infracción, aplicando alguno de los métodos aceptados en la teoría económica. Cuando ocurre lo que acaba de describirse, resulta factible acudir a las facultades estimatorias que, sobre la base de la aproximación efectuada en el informe pericial aportado por la parte demandante, permita corregir sus posibles deficiencias.

iii).- Estas facultades de estimación del tribunal no exoneran al demandante de un estándar mínimo de prueba sobre el específico daño sufrido -por imprecisa que resulte la cuantificación-, lo que excluye que dicha cuantificación se sustente sin más en un porcentaje medio de sobrecoste obtenido de estudios referidos a una muestra de cárteles. Este estándar mínimo probatorio tampoco admite que se prescindiera de cualquier método para sustituirlo por un porcentaje aplicado a escala universal a cualquier cártel [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 17/04/2020 (ROJ: SAP B 2567/2020)]. Desde otra perspectiva, la facultad para calcular significa que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden desestimar alegaciones de repercusión simplemente porque una parte no esté en condiciones de cuantificar con precisión los efectos de la repercusión (apartado 33 de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto). Lo mismo cabe señalar de la cuantificación del sobrecoste. La falta de precisión no es motivo para rechazar la pretensión indemnizatoria.

iv).- Cuando se supera el estándar mínimo probatorio y el informe pericial de la parte actora presenta carencias e imprecisiones de diverso tipo, a falta de mejores pruebas, la Sentencia fija el sobrecoste en un 5% del precio de adquisición del vehículo.

En tal escenario y a los efectos de cuantificación de los sobrecostes derivados de la actuación del cártel aquí considerado, en aras de la seguridad jurídica y la necesidad de dar un tratamiento uniforme a las situaciones equiparables, esto es, en presencia de cuantificaciones de sobrecostes que no resulten plenamente asumibles y aproximadas a la realidad por determinadas carencias o errores metodológicos, pero que en todo caso se considere que superan el estándar mínimo de prueba exigible, como sucede en el presente caso, se ha considerado por el tribunal establecer de forma estimativa como cantidad razonable y ponderada a los efectos de fijar un sobrecoste aproximado, en ausencia de mejores pruebas que pudieran determinar lo contrario, **el fijar el mismo de forma prudencial en un 5% sobre el precio de adquisición.**

v).- No son aplicables en este ámbito valoraciones meramente basadas en la equidad - artículo 3.2 Cc -. Como señala la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/ C 167/07) (8) "El Derecho nacional determina además en qué medida y de qué manera están habilitados los órganos jurisdiccionales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o recurrir a consideraciones de equidad."

El riesgo que presenta tal planteamiento es el siguiente:

Es muy difícil -casi imposible- para el demandante hacer la pericial perfecta. Hasta la propia Guía de la Comisión reconoce esa imposibilidad: "*Es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 o 102 TFUE Por estas razones, la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse*". Por tanto, va a ser lo habitual que el Juez de instancia se encuentre con periciales con carencias e imprecisiones, motivo por el que la concesión de un sobrecoste del 5% va a ser, casi siempre, posible. Sin embargo, la Guía de la Comisión también desarrolla el derecho de reparación del perjuicio que tiene el demandante: "Cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) **tiene derecho a reparación por ese perjuicio**. El Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que este derecho está garantizado por el Derecho primario de la UE. **Reparación significa devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción**. Por consiguiente, incluye la reparación no solo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses".

El Informe Oxera 2009, poco sospechoso de parcialidad pues fue encargado por la Comisión Europea y sirvió de base para elaborar la Guía de la Comisión, establece una media de sobrecostes de los cárteles entre un 10 y un 20%, fijando el sobrecoste medio en el 18%, no muy lejos del 20% observado por Julián y Laureano . El Informe Oxera también indica que en un 93% de los cárteles observados, el sobrecoste es superior a 0% y que sólo en un 7% de los cárteles observados, no ha habido sobrecoste, es decir, el sobrecoste es del 0%. También destaca el Informe Oxera [[1] Informe Oxera 2009, págs. ix y x. "En un caso de cártel de cemento, Berliner Transportbeton, el Tribunal Federal Alemán de Justicia Civil y Penal (Bundesgerichtshof) declaró que el umbral para demostrar que un cártel no obtuvo ningún beneficio económico de su actividad sería mayor cuanto mayor sea la duración del cártel y mayor sea su área geográfica. Por lo tanto, el tribunal concluyó que era probable que los precios en el cártel fueran más altos que en un mercado competitivo".]que cuanto mayor sea el tiempo de



duración de un cártel y mayor sea su área geográfica más difícil es demostrar que no ha habido sobrecostes. Estamos ante un cártel de larga duración (desde febrero del 2006 hasta agosto del 2013, exactamente, hasta el 26/07/201) y un área geográfica bastante extensa (todo el territorio español). La pregunta es: el sobrecoste del 5%, que puede concederse en todos los casos en que se cumple el estándar mínimo probatorio y en los que la pericial de la demandante presenta ciertas carencias, ¿satisface el derecho a la reparación del daño de los perjudicados por el cártel?

4º).- El criterio del estándar mínimo probatorio no se contempla, en forma alguna, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 17/04/2020 (ROJ: SAP B 2567/2020). Esta resolución parte de una presunción iuris tantum del daño causado por el cártel. Esta presunción se explica por que "está en la naturaleza de las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a la demandada". La fundamenta en el Informe Oxera 2009, en el Informe del profesor Mariano y en que, "tanto la Directiva de 2014 como la LDC (art. 76.3) también establecen esa misma presunción de daño". Concluye que "Estamos ante una presunción iuris tantum que, si bien puede favorecer a la actora, permite prueba en contrario que deberá desarrollar la demandada para negar la existencia de perjuicios sufridos por la actora correspondiente al sobreprecio que afirma que ha debido pagar como consecuencia de la infracción anticompetitiva". Cuando es imposible cuantificar el daño por la pericial de la actora, entra en juego la facultad estimatoria del Juez, que concede una estimación mínima (5%) del precio de venta del camión. Lo expresa en estos términos literales:

"La situación expuesta nos lleva a tener que compartir la decisión adoptada por el juez a quo en cuanto a tener que optar por la estimación judicial del daño ante la imposibilidad de poder optar por la cuantificación realizada por la pericial de la actora, partiendo de una simple media aritmética resultante de un estudio estadístico sobre el impacto del cártel de los camiones en Europa. Consideramos que la cuantificación realizada por la actora es insuficiente e inútil para llevar a cabo una cuantificación aproximada del daño sufrido, sin que la parte demandada haya aportado cuantificación alternativa, teniendo a su disposición los datos reales...5º) A pesar de no poder hacer uso de la cuantificación proporcionada por el actor las conclusiones alcanzadas hasta el momento nos permiten (descartar) la propuesta de daño cero mantenida por el demandado, pero, a la vez, la falta de datos reales nos lleva a una estimación judicial y mínima del sobreprecio, susceptible de ser superada en cualquier otro supuesto donde los datos aportados sean distintos".

El riesgo que presenta tal planteamiento ha sido evidenciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 18/07/2022 (ROJ: SAP B 7669/2022) y es el siguiente:

El Juzgador de instancia puede caer en la tentación de no valorar las periciales ni la prueba practicada, acudir a la facultad de estimación del juez y conceder el mínimo del 5% en todos los casos. La sentencia de 18/07/2022 lo expresa, literalmente, en estos términos:

"La sentencia apelada acude directamente a la estimación judicial del daño y opta por un porcentaje del 5% de sobreprecio, en línea con lo que acordamos en nuestra Sentencia de 17 de abril de 2020. **La sentencia, por tanto, no valora las periciales ni, en general, la prueba practicada en este procedimiento**, cuando los argumentos y los informes aportados por las partes difieren sustancialmente de los que tomamos en consideración en aquella".

El resultado es que al Magistrado ponente de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona le toca valorar la prueba pericial en apelación.

5º).- Entendemos que la forma de conjurar el riesgo que plantean las dos posturas, es decir, la del estándar mínimo probatorio (Madrid) y la de la presunción iuris tantum del daño (Barcelona) es la valoración de la prueba por el Juez de instancia, a pesar de la dificultad de la misma. Dicha dificultad deriva de que "se trata de probar meras hipótesis, de manera que en sustancia se tratará de hacer un juicio de inferencia lógico que ponga en relación los hechos ilícitos que se imputan a la parte demandada y la situación ideal (e imaginaria) en la que se encontraría la parte actora de no haber existido ese hecho. Ese juicio de inferencia se apoyará en máximas de la experiencia humana adquirida, es decir, en reglas del conocimiento humano que permitan justificar adecuadamente ese juicio de inferencia. Por tanto, lo razonable es pensar que no existirán medios de prueba directos sino indirectos, es decir, datos o indicios que permitan hacer ese juicio de inferencia a que nos hemos referido" (SAP de Barcelona de 18/07/2022).

Desde el punto de vista de la Directiva 2014/104/UE, **el estándar mínimo probatorio es acreditar que el demandante ha sufrido daños y perjuicios**. Una vez acreditado que ha habido daño, *si resulta difícil o prácticamente imposible cuantificar con precisión los daños y perjuicios* sobre la base de las pruebas disponibles, *entra en juego la facultad del Juez de estimación de los daños y perjuicios*. Así, el artículo 15.1 de la Directiva dice lo siguiente: "Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente

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

Así, conforme al estándar mínimo probatorio (Madrid), si no se llega al mínimo probatorio (no se prueba el daño) el Juez concede 0,00 € de indemnización por los perjuicios causados por el sobrecoste del cartel y si se llega al mínimo probatorio (se prueba el daño, aunque es imposible o difícil de cuantificar) concede, al menos, el 5% del valor de adquisición del vehículo, aunque no hay problema para que el Juez conceda porcentajes superiores al 5% si la valoración que hace de las pruebas le lleva a ello.

La dificultad probatoria es para el demandante.

Conforme a la presunción iuris tantum de daños (Barcelona) da igual que no se acredite el daño (estándar mínimo probatorio), por que el daño se presume, salvo prueba en contrario.

La dificultad probatoria es para el demandado.

Por último, la facultad de estimación del Juez ha sido matizada por la STJUE, Sala Segunda, de 16/02/2023 (Asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, S. L., Ignacio y Daimler AG). Dicha resolución indica que "las acciones por daños comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/104, al igual que las acciones de responsabilidad civil en general, pretenden reparar un daño lo más exactamente posible, una vez demostradas la existencia y la imputabilidad de este, **sin que pueda excluirse que subsistan incertidumbres en el momento en que el juez nacional se pronuncie para determinar el importe de la indemnización**. Por esta razón, **la mera existencia de esas incertidumbres**, que son inherentes a los litigios sobre responsabilidad y que resultan, en realidad, del enfrentamiento de argumentos y peritajes en el marco del debate contradictorio, **no corresponde al grado de complejidad de la evaluación del perjuicio que se requiere para la aplicación de la estimación judicial prevista en el artículo 17, apartado 1, de dicha Directiva**". La resolución concluye que, para apreciar si los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para estimar el perjuicio, es presupuesto necesario, "por un lado, **que se haya acreditado la existencia del perjuicio** y, por otro lado, **que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión**, lo que implica tomar en consideración **el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión**, en particular el carácter infructuoso de trámites como la solicitud de exhibición de pruebas establecida en el artículo 5 de dicha Directiva".

TERCERO.2.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA PERICIAL PRACTICADA PARA DETERMINAR EL DAÑO.

Como hemos indicado, las resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid que se citan exigen a la parte actora acreditar un estándar mínimo probatorio. Este estándar mínimo probatorio consiste, 1º), en acreditar que la conducta infractora sancionada por la Decisión ha causado un daño en el caso concreto, distinguiendo el sobreprecio causado por el cártel del producido por los factores que determinan el precio según la ciencia económica y, 2º), cuantificar ese daño o sobreprecio.

Si la actora no acredita la causación del daño, consistente en el sobreprecio producido por el cártel, no ha lugar a aplicar la facultad estimatoria del Juzgador, que puede utilizarse cuando los daños sean difíciles de cuantificar.

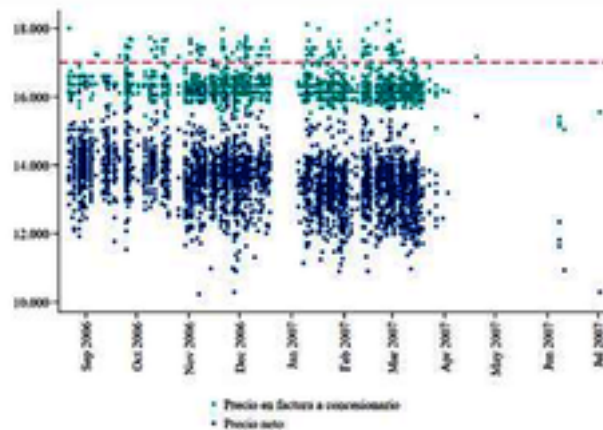
Pues bien; en el presente caso, este Juzgador considera que **la prueba pericial de la parte actora supera el estándar mínimo probatorio** que permite al Juez aplicar la facultad de estimación del daño, referida a la causación y cuantificación del daño causado. Los motivos por los que consideramos acreditado el daño son los siguientes:

1º).- La base de datos utilizada en la pericial de la actora es una base de datos pública utilizada por el Ministerio de Hacienda relativa a "los precios medios de venta aplicables en la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte". La base de datos incluye información relevante de los vehículos como la marca comercial, el modelo y tipo de vehículos, el periodo comercial en el que ha estado vigente dicho vehículo, datos técnicos relativos a la cilindrada, número de cilindros, tipo de combustible, medidas de potencia en kw, CVf y CV, emisiones de CO2 y el valor de dicho vehículo. Los peritos de la parte actora han hecho un esfuerzo para despuntar la base de datos (quitar precios demasiado altos y demasiado bajos) y eliminar datos incompletos.

Los precios que proporciona esa base de datos los han suministrado los fabricantes de automóviles al Ministerio de Hacienda y podemos afirmar que coinciden o están próximos a los precios franco fábrica y no son muy diferentes de precios de venta reales. Lo podemos explicar mejor tomando la siguiente figura del

informe pericial de KPMG en el Juicio Verbal 161/2022 de este Juzgado, para los vehículos Ford Focus XR Coupé 1.8 de 115 CV, con datos del fabricante:

Figura 14. Precios transaccionales de los vehículos Ford Focus



Nota: (1) Se grafican los precios transaccionales de los vehículos Ford Focus XR Coupé 1.8 de 115 CV. (2) La línea roja discontinua recoge el precio de referencia a efectos del ITPAJD para el vehículo analizado.

Fuente: KPMG con información de FORD.

Cada punto de la nube de puntos color azul clara, marca los precios de transacción entre el fabricante y el concesionario para el modelo estudiado. Con Precios de Transacción nos estamos refiriendo a Precio Franco Fábrica - Retribución fija del concesionario. Es decir; si el concesionario vende al cliente final o consumidor al Precio de Transacción, su margen en cada venta es de 0,00 €; y si mantiene esos precios, no puede hacer frente a los costes fijos y tiene que cerrar la empresa.

Como se ve, esta nube de puntos azul clara está bastante próxima a la línea discontinua roja, que representa los precios del BOE, es decir, los publicados anualmente en la Orden del Ministerio de Hacienda para girar los correspondientes impuestos.

La nube de puntos azules oscuros es el precio de transacción una vez se ha producido el descuento por la retribución variable del concesionario. Recordamos la fórmula:

Precio final al consumidor = Precio franco fábrica - retribución fija del concesionario - retribución variable del concesionario.

Lo que ocurre es que, esta retribución variable no se cobra en el momento de la venta del vehículo, sino al final del trimestre, año o periodo temporal en el que se retribuyen los rappels.

Lo que hemos sostenido en esta resolución es que si un concesionario vende el coche como marcan los puntos azules claros, lo fía todo a obtener los descuentos que marcan los puntos azules oscuros. Y si no llega a obtener los descuentos marcados por los puntos azules oscuros, se arriesga a ganar 0,00 € con la venta o, incluso, a vender por debajo de coste. Con lo cual, lo normal será que venda a precios de la línea roja, o Precios Franco Fábrica (precios BOE), con la finalidad de asegurar que obtiene beneficio con la venta.

No puede negarse que la base de datos del BOE tiene relación con los precios de venta de los vehículos.

Estamos ante una base de datos de razonable aplicación; lo que no quiere decir que sea completa o que no sea mejorable.

En el Método secundario de cálculo (ver *infra*) también utilizan la base de datos de IPC de automóviles del INE.

De hecho, una base de datos más perfecta, es la de precios reales de venta de los concesionarios a los clientes finales o consumidores, del modelo de automóvil objeto de la demanda, durante periodo cártel y no cártel.

Hasta ahora, ni la han presentado los fabricantes ni los clientes finales o consumidores.

2º).- La pericial de la actora, que gira bajo el nombre comercial, realiza dos análisis:

2.1º).- Método secundario. Realiza una comparativa durante el periodo cártel (2006-2013) de los precios medios de las marcas cártel obtenidos de un índice creado específicamente para las marcas del cartel a partir de la base de datos de Hacienda (Órdenes Ministeriales publicadas en el BOE) y el IPC de automóviles nuevos publicado por INE. Plantea dos Escenarios. Escenario 1" se trata del escenario en el que se considera que el peso del cartel dentro del índice de precios general de automóviles es del 83,4% tal y como se ha comprobado previamente. Escenario 2. "Idem anterior, pero con un peso del 88,4% de las marcas cártel. El resultado es que,



para el Escenario 1, las marcas cártel incrementaron los precios respecto a las marcas no cártel en un 10,6%; y en el Escenario 2, lo incrementaron en un 15,1€.

2.2º).- Método principal. Es un modelo econométrico de diferencias en diferencias. Para construir el modelo de regresión econométrico se determinará, por un lado, una variable observable que sea capaz de captar los efectos de la infracción, es decir, la variable explicada, dependiente o endógena y por otro lado, se determinarán el conjunto de variables explicativas, independientes o exógenas, que potencialmente influyen en la determinación de la variable dependiente. En nuestro caso, dichas variables son:

Variable explicada: precio del vehículo

Variabes explicativas:

- El año de la compra del vehículo (2006, 2007 ...2020). Se analiza como una variable categórica o de tipo *dummy* creada para cada uno de los niveles de esta. Una variable *dummy* o ficticia es aquella utilizada para incorporar valores cualitativos en un modelo econométrico. Se trata de una variable binaria porque solo puede adoptar los valores 1 o 0. Por ejemplo, en este caso, se podría asignar el valor 1 si la venta se ha visto afectada por el cártel y el 0 en caso contrario.
- El número de cilindros del vehículo (2 cilindros, 3 cilindros, ...12 cilindros). Se analiza como una variable categórica o de tipo *dummy* creada para cada uno de los niveles de esta.
- El tipo de Combustible del vehículo (diesel, gasolina, diesel y electrico, eléctrico, hibrido gasolina-eléctrico, etanol-gasolina, gasolina-glp). Se analiza como una variable categórica o de tipo *dummy* creada para cada uno de los niveles de esta.
- La cilindrada del vehículo (CC). Se analiza como variable numérica.
- La potencia del vehículo (CV). Se analiza como variable numérica. En relación con esta variable de potencia, se han descartado otras variables como caballos de vapor, CVf o potencia fiscal y kw o kilowatios de potencia, por la fuerte correlación con CV y para evitar así efectos de multicolinealidad en el modelo.
- El número de matriculaciones. Representa la demanda a nivel de marca y se analiza como variable numérica
- Marca en Cartel: se analiza como una variable categórica o de tipo *dummy* identificada como "S" cuando dicha marca está dentro de una de las identificadas por los reguladores en el cartel y como "N" para el resto de las situaciones.
- Año en Cartel: se analiza como una variable agrupada categórica o de tipo *dummy* identificada como "S" cuando dicho año analizado está dentro de uno de los identificados por los reguladores en el cartel (2006-13) y como "N" para el resto de las situaciones.
- Efecto diferencial anual del cartel: este efecto se concreta en 7 variables categóricas o de tipo *dummy* (una para cada uno de los años del cartel) en las que se asume como valor "1" cuando la marca analizada pertenece al cartel dentro del año analizado y como "0" para el resto de las situaciones. Por lo tanto, una vez confirmado tanto la significatividad del modelo como su capacidad explicativa y predictora, concluimos que los sobrepresos asociados a las marcas comerciales que han participado en el cartel, son los siguientes:

Variable	Valor
cartel.2006	10,12%
cartel.2007	11,18%
cartel.2008	14,09%
cartel.2009	13,63%
cartel.2010	17,69%
cartel.2011	15,71%
cartel.2012	18,16%
cartel.2013	19,74%
PROMEDIO	15,04%

A partir de aquí, el cálculo de la cantidad reclamada se efectúa aplicando al importe pagado por el vehículo, según la demanda (25.800 €) el porcentaje que corresponde (15,71%) al año (2011) de la fecha de venta del vehículo, lo que arroja un resultado de 4.053,18 € ($4.053,18 \text{ €} = 25.800 \text{ €} \times 15,71\%$), cantidad reclamada en la demanda.

3º).- El modelo econométrico utilizado lo consideramos razonable por que es capaz de discriminar los sobrepuestos que se deben a la demanda de los que se deben al cártel. Para ello, contempla la variable número de matriculaciones, que representa la demanda a nivel de marca y se analiza como variable numérica.

También es capaz de diferenciar los sobrepuestos producidos por las características del producto de los producidos por el cártel. Las variables que determinan las características del producto son número de cilindros del vehículo, tipo de Combustible del vehículo y potencia del vehículo (CV).

Es razonable por que determina la variable cártel, que calcula el porcentaje de sobrepuesto, por cada año de duración del cartel (2006 a 2013). El resto de variables utilizadas en la fórmula, van dirigidas a determinar la parte de aumento de precios que no tiene que ver con el cártel. Por tanto, es capaz de determinar qué parte del sobrepuesto se debe al cártel y qué parte del sobrepuesto se debe al resto de factores (demanda, características del producto...) que la ciencia económica considera determinantes del precio. Lo que quiere decir que es capaz de acreditar la relación de causalidad, entendida como la discriminación del sobrepuesto producido por el cártel (daño) en relación al sobrepuesto producido por el resto de factores determinantes del sobrepuesto. Los coeficientes R2 y R2 ajustado son del 80%. Lo que quiere decir que el porcentaje de variación de las variables independientes, explicativas o endógenas (año de la compra del vehículo, número de cilindros del vehículo, tipo de Combustible, cilindrada del vehículo, potencia del vehículo, número de matriculaciones, Marca en Cartel, Año en Cartel) es muy satisfactorio, en cuanto supera claramente el 50%.

La variable periodo afectado desestacionaliza la evolución normal de precios crecientes, eliminando las distorsiones de la inflación.

Al ser un modelo de diferencias en diferencias, compara en un mismo periodo temporal (método sincrónico) precios de marcas cártel con precios de marcas no cártel. Descartan el método diacrónico (periodo cártel y anterior o posterior periodo no cártel) por que el periodo postcártel tiene precios superiores al periodo cártel, aunque sólo sea por la inflación. Y por que, además, en un modelo de diferencias en diferencias es necesaria una homologación entre lo que se compara. Esta homologación se consigue analizando marcas cártel y no cártel en el mismo periodo temporal.

Sin embargo, no estamos ni mucho menos ante la pericial perfecta, ni siquiera, ante una pericial completa, y, por supuesto, estamos ante una pericial mejorable. Efectuamos la siguiente crítica a la pericial de la actora:

1º).- La base de datos utilizada son las Ordenes del Ministerio de Hacienda, que recoge las publicaciones de las asociaciones de fabricantes y vendedores de medios de transporte, así como las indicaciones y características técnicas sobre nuevos vehículos aportadas por los fabricantes. Los precios de los Datos BOE son precios medios de venta al público sin incluir los descuentos ofrecidos por los concesionarios al cliente. Además, estos precios tienen en cuenta la depreciación por ser vehículos usados con un año de antigüedad. Las tablas publicadas en la Orden Ministerial no contienen información del volumen de ventas. Esto quiere decir que estos datos no representan de la forma más exacta posible la realidad del mercado, ya que, basándose en la información utilizada para la realización de las tablas cualquier modelo de vehículo que esté ofertado en el mercado será recogido en las tablas de referencia de los Datos BOE. A pesar de que en principio los Datos BOE permiten estimar el potencial efecto de la infracción sobre los precios, también presentan las siguientes limitaciones:

- Los precios de los vehículos en los Datos BOE no reflejan los precios finalmente pagados por los clientes ya que los Datos BOE no incluyen descuentos. Aunque hemos matizado que son Precios Franco Fábrica, también llamados Precios Recomendados y que pueden acercarse bastante al precio real. En todo caso, hemos de decir que, nadie, ni consumidores o clientes finales demandantes ni fabricantes demandados, ha presentado la mejor base de datos posible: precios reales de venta de concesionarios a consumidores, del modelo de automóviles en cuestión, y con un número de facturas o precios suficiente para ser representativa.

- Los precios de los vehículos en los Datos BOE no reflejan precios de vehículos nuevos porque incluyen la depreciación sufrida por el automóvil durante el primer año de vida del mismo. Crítica infundada, por que el primer año de uso del vehículo no hay depreciación del vehículo, según tabla de amortización del Anexo IV de la Orden Ministerial, lo que quiere decir que se computa a Precio Franco Fábrica o Recomendado. A partir del primer año, si que hay depreciaciones para vehículos usados. Pero en los precios que aparecen en la Orden, no hay depreciación alguna. La depreciación se aplica sobre los precios franco fábrica en función de los años de uso.

- Los Datos BOE no recogen todas las características de los vehículos incluidos en los datos.

- Los Datos BOE no proporcionan ninguna información sobre los costes de fabricación de los vehículos.

Sin embargo, no puede negarse que recoge precios franco fábrica, que pueden ser bastante próximos a los reales. Es cierto que el modelo de la actora se basa en precios medios.

2º).- Tal como se indica en la pericial de la parte demandada, el modelo utilizado por los peritos de la actora no contempla uno de los factores que, según la ciencia económica, también influyen en el precio como son los costes. La teoría económica predice que los mayores costes de producción generalmente conducen a precios más altos. En nuestro caso, la fabricación de los vehículos requiere de múltiples factores de producción y el coste de estos factores puede haber cambiado a lo largo del periodo de análisis. Un aumento en los precios debido a un aumento en los costes de fabricación podría confundirse con un posible efecto de la infracción si el análisis no permitiese diferenciar el uno del otro. Según indica el Informe de la CNMC sobre los criterios de cuantificación de indemnizaciones derivadas del cártel de concesionarios AUD1/SEAT/VW en Cádiz "En el contexto de la venta de distribución de vehículos, las variables explicativas de la variación del margen empresarial pueden incluir los siguientes elementos: - Estructura de costes distinguiendo entre coste fijo y coste variable, excluyendo el margen"- Es cierto que el Método principal de diferencias en diferencias utilizado por la actora es un método sincrónico, y los costes ahí son más parecidos para todos los fabricantes. Pero, aún así, los costes no son iguales para todos los fabricantes ni para todos los concesionarios.

3º).- Según la pericial de la demandada, "El modelo empleado por los peritos de la Actora presenta graves problemas de especificación, tales como multicolinealidad y falta de variables relevantes de características (como el modelo), demanda o costes. La omisión de estas variables, junto a los problemas presentados por la propia base de datos, pueden tener un efecto claro en los resultados obtenidos, obteniendo resultados



contradictorios como efectivamente ocurre en este caso...Adicionalmente, la situación del mercado pudo haber estado influenciada por otros factores **como un cambio en los costes** (por ej. un incremento en el coste de las materias primas) o un cambio de la demanda (por ej. una crisis económica), bien sea en el periodo o mercado de infracción, y/o en el período o mercado de comparación...".

4º).- Debía contemplar modelo y marca para la determinación del sobrecoste, pues son variables de clara incidencia en el precio;

5º).- El elemento de comparación viene dado por las marcas no cártel, que son, mayormente, marcas de vehículos de lujo (Ferrari, Maserati, Pontiac, Rolls Royce, Bentley, también Sangyong...). No es razonable que, En el Método secundario utilizado en la pericial de la actora, obtengamos unas diferencias de precio entre marcas cártel y no cartel (marcas de lujo) de un 10,6% y un 15,1% según Escenarios, por que ello supone aceptar algo irracional: que los precios de las marcas no cártel habrían caído entre un 50% y 70% entre 2005 y 2013. Si se consultan precios reales de los vehículos de lujo que conforman las marcas no cártel en el IPC automóviles o las bases de datos del BOE, se observa que no es cierto que los precios reales de estos vehículos hayan caído esos abultados porcentajes.

No compartimos las críticas del perito de la demandada en cuanto a que el modelo de la actora no tiene en cuenta la demanda. Si las compartimos en cuanto no tiene en cuenta los costes, y esta falta de contemplación produce el efecto que dice el perito de la demandada: "Ignorar cualquiera de tales ajustes llevaría a obtener resultados erróneos y sesgados de la estimación del sobreprecio (bien por sobreestimación o infraestimación). Por ejemplo, **puede producirse una sobrestimación del efecto de la infracción, si los incrementos de precios que se hayan podido presentar durante el período de infracción como consecuencia directa de un aumento en los costes** y/o aumentos de la demanda del mercado no son tenidos en cuenta, y son atribuidos erróneamente a la infracción".

Por tanto, podemos decir que la prueba pericial de la actora parte de bases aceptablemente correctas y utiliza un método bastante razonable entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales (STS de 10/10/2013, ROJ: STS 5819/2013 , **del llamado cártel del azúcar**).

Reiteramos que no existe la pericial perfecta; y que la que enjuiciamos es razonable aunque no sea completa y sea mejorable.

Aplicación de la facultad de estimación judicial del daño. Requisitos:

1º).- Que se haya acreditado la existencia del daño y/o perjuicio

Para que dicha estimación judicial pueda producirse se ha de acreditar la existencia de un daño y/o perjuicio. El método elegido por la actora contempla la discriminación del sobreprecio del cártel con varios factores (demanda y características del producto) que, según la ciencia económica, inciden en el precio.

2º).- Que sea excesivamente difícil o prácticamente imposible cuantificar el daño y/o perjuicio con precisión. .

Se hace excesivamente difícil cuantificarlo, por lo siguiente:

1º).- El problema de las bases de datos de que se parten. La base de datos del BOE es pública, pero es sobre precios medios, y no tiene en cuenta el número de vehículos de cada modelo vendidos en el mercado. Lo ideal es partir de datos reales con una base de datos amplia. El problema que tienen las bases de datos de los fabricantes es que son auto confeccionadas, aunque estén auditadas, y pueden reflejar el efecto coste excesivo del cartel explicado en la Guía de la Comisión Europea (página 61 del Informe pericial de la actora). También es posible un tratamiento excesivamente amplio y variado de los comandos y tratamientos aplicados a la base de datos. Nadie -repetimos- ni consumidores o clientes finales ni fabricantes, ha presentado la mejor base de datos posible: precios reales de venta de concesionarios a consumidores, del modelo de automóviles en cuestión, y con un número de facturas suficiente para ser representativa. No se duda que son los fabricantes quienes tienen mayor facilidad probatoria, pues no es cierto que ignoren a qué precios venden los concesionarios a los clientes finales o consumidores, siendo éste uno de los objetivos del cártel al hablar de márgenes, y un dato muy importante para el fabricante.

2º).- La dificultad de establecer el escenario contrafactual. Por ejemplo, cuando en la página 80 del Informe pericial de la actora se expresa que "La conclusión alcanzada es que el efecto diferencial entre el comportamiento de los precios en las marcas del cartel y las marcas fuera del cartel en el periodo 2006-13 se cuantifica entre el 10,6% y el 15,1% anual", el perito de la demanda critica que esto puede corresponderse con datos reales, dado que las marcas no cártel están compuestas por automóviles de lujo que, ni de lejos, han tenido la caída de precios que plantea la pericial de la actora. Por otra parte, la dificultad de construir el escenario contrafactual con marcas no cartel también puede provenir del llamado efecto paraguas, hasta que punto las marcas no cartel se vieron arrastradas en precios por las marcas cártel. Como reconoce el Informe



de la CNMC sobre los criterios de cuantificación de indemnizaciones derivadas del cártel de concesionarios AUD1/SEAT/VW en Cádiz. (Pág. 5) " **La estimación de la situación hipotética es un ejercicio complejo**, puesto que se debe determinar cómo habrían interactuado los agentes y cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado. La dificultad de construir el contrafactual radica en que no es observable y para simularlo es necesario tener observaciones comparables, como podrían ser otras regiones o ámbitos temporales. Es decir, la construcción del escenario contrafactual debe reflejar una estructura de mercado y una formación de precios lo más parecidas posible al mercado afectado, que permitan aislar el efecto de la conducta anticompetitiva, ya que ello debe ser el punto central del análisis".

3º).- La complejidad e infinito número de variables que se pueden utilizar en la fórmula econométrica, que pueden determinar el importe del daño calculado aumentándolo o disminuyéndolo, así como introducir problemas de multicolinealidad.

Por tanto, apreciamos que es difícil cuantificar el daño con precisión.

En consecuencia, procede ejercitar la facultad judicial de estimación. La parte demandante supera el estándar mínimo probatorio y acredita la existencia del daño. Este daño debe fijarse en un 5% del precio pagado por el vehículo, es decir, **1.290,00 €** [1.290,00 € = 25.800,00€ x 5) / 100].

En cuanto a la pericial de la parte demandada, desarrolla de una forma notable la crítica de la pericial de la actora. . La Base de datos "transaccional": que utiliza recoge la totalidad de las transacciones realizadas por Citroén-DS y Peugeot, respectivamente, en España entre **enero de 2010 y diciembre de 2019** y se compone de un total de 1.232.865 observaciones. Parte de datos proporcionados por el sistema del propio fabricante para determinar los precios de transacción fabricante concesionario. Utiliza, principalmente, el método de "comparación diacrónica temporal durante-después. Concluye que Para el caso de Citroen-DS no hay evidencia de sobreprecio durante el período de la infracción dado que el coeficiente relativo a la infracción obtenido para Citroén-DS es negativo y estadísticamente significativo al 99%. La crítica que debe formularse (no hay pericial perfecta) es que tiene el inconveniente de que no analiza los años del cártel anteriores al 2010, es decir, los años 2006 al 2009, lo que abre una sombra de duda sobre lo ocurrido en dicho periodo. En cuanto a los precios de transacción de los que parte, vienen determinados por el propio sistema contable del fabricante con lo que, aparte del control de la auditoría , habría que descartar el efecto coste excesivo al que se refiere la Guía y la página 61 del Informe pericial de la actora introduciendo un control de costes externo (IPRI, o similar) para compararlo con los costes contabilizados por el fabricante. Por último, que, por facilidad probatoria, son los demandados los que podrían presentar la base de datos que hemos considerado deseable (base amplia de precios de venta de concesionario a cliente final del modelo de vehículo de que se trata), y no la han presentado.

En definitiva; la demanda ha de ser parcialmente estimada.

CUARTO.- Procedencia de la imposición de intereses y costas.

El párrafo 20 de la Guía es muy claro a la hora de fijar los intereses desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción, es decir, *desde la fecha de compra del vehículo*:

"La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados".

Lo mismo ocurre con la Directiva de daños, cuyo artículo 3 (y el 72 de la LDC) que indican que el pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización.

La jurisprudencia ha venido interpretando que estamos ante una deuda de valor, y la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño. La STS de 24/10/2008 (ROJ: STS 5536/2008) indica que, en las deudas de valor "la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1108 CC , sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto".



Los intereses legales se devengarán desde la fecha de compra del vehículo, entendida como fecha de firma del contrato de financiación (21/03/2011).

En cuanto a costas, en los procesos declarativos, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad (artículo 394.2 LEC). En el presente caso ninguna de las partes litiga con temeridad y no se hace expresa condena en costas.

FALLO

Que DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D./D^a. Genaro contra AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.,

1º).- DECLARAR a la demandada responsable de los daños causados a la actora, y

2º).- CONDENAR a la demandada a abonar a la actora la cantidad de MIL DOSCIENTOS NOVENTA EUROS (**1.290,00 €**), devengando dicha cantidad el interés legal del dinero desde el 21/03/2011 hasta el completo pago del principal, incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos de la demanda, sin condena en costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. No cabrá interponer dicho recurso contra las sentencias dictadas en juicios verbales por razón de la cuantía, **cuando ésta no supere los 3.000euros**.

Al notificarse la resolución a las partes, se les indicará que, conforme a la D.A. decimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/09, para el anuncio o la preparación o la interposición del **recurso de apelación**, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banco de Santander y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

E/L/A MAGISTRADO/A JUEZ

E/

PUBLICACION.-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e/l/a Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.