

Roj: **SJM V 708/2023 - ECLI:ES:JMV:2023:708**Id Cendoj: **46250470032023100005**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Valencia**Sección: **3**Fecha: **03/04/2023**Nº de Recurso: **266/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Juicio ordinario**Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia****Juicio ordinario 266/22****SENTENCIA núm. /2023**

En Valencia, a 3 de abril de 2023.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 10 de mayo de 2022 (registro informático), la representación procesal de don Jesús Carlos y otros ha formulado demanda de juicio ordinario contra PSAG Automóviles Comercial España, S.A., ("Peugeot"). Tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que ha considerado oportuno, ha suplicado:

"(...) SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito, así como su copia y los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra "PSAG Automóviles Comercial España, S.A." y, previo el recibimiento a prueba que desde ahora interesamos, se digne dictar en su día sentencia en la que, estimando íntegramente la demanda.-

I. declare la comisión de una práctica anticompetitiva por parte de la Demandada;

II. condene a la Demandada a abonar al Demandante los daños y perjuicios causados, fijados en la cantidad de DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y UN Euros y SETENTA Y CINCO Céntimos (2.151,75 €) o, SUBSIDIARIAMENTE, en la que el Tribunal determine;

todo ello junto con los intereses legales de la misma; condena que habrá de ser extensiva a las costas de este juicio."

Las alegaciones de la parte actora, en cuanto relevantes para la solución del caso, pueden resumirse así:

1.- El actor es un consumidor que adquirió un vehículo Peugeot 207 3P X-Line 1.6 HDI 90 Cv, matrícula-JXT en fecha de 21 de mayo de 2007, a través del concesionario oficial Automóviles Dinámicos, S.A., por importe de 15.100 euros (docs. 1-3 actor).

2.- Mediante RCNMC de 23 de julio de 2015, Expte. NUM000 /, se tuvo por acreditada la participación de la demandada en una infracción de cartel consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como por intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de distribución de vehículos a motor, en diversos periodos y zonas geográficas, desde 2006 a junio de 2013. Los círculos de la infracción no fueron concéntricos y no todos los infractores participaron en ellos por igual.

3.- Se aporta copia de la resolución sancionadora (doc. 4 actor) y de la STS, 3ª, núm. 531/2021, de 20 de abril de 2021, ponente María Isabel Perelló Doménech, confirmatoria de la decisión sancionadora (doc. 5 actor).



4.- A resultas de esa conducta, los actores han sufrido daños y perjuicios que son cuantificados pericialmente (doc. intitulado 6, pero registrado 7 actor-informe Cierzo Periciales) y por los que se reclama en el proceso. Esa cantidad debe incrementarse en lo que resulte de aplicar el interés correspondiente desde la fecha de cobro indebido del sobreprecio.

5.- Se practicó reclamación extrajudicial de la deuda en fecha de 18 de enero de 2022 (doc. intitulado 5, pero registrado 6 actor).

6.- En la fundamentación jurídica de la demanda se alude a los artículos 101 TFUE, 1 LDC, 1902 CC, Directiva de daños y jurisprudencia que los interpreta.

Segundo. Mediante decreto de 20 de mayo de 2022 se resolvió la admisión de la demanda y la tramitación de este proceso como juicio ordinario.

Tercero. En fecha de 31 de mayo de 2022, Peugeot formuló declinatoria por falta de competencia territorial que, tras la oposición de la actora de 11 de junio de 2022, fue desestimada mediante auto de 13 de junio de 2022.

Cuarto. Peugeot contestó a la demanda en fecha de 1 de septiembre de 2022, para solicitar su desestimación con imposición de costas.

Los argumentos de la demandada pueden resumirse así:

1.- La infracción sancionada por la decisión no es de la especie que permita la aplicación de una presunción legal de daño, según su naturaleza y características. Por el contrario, se trató de una mera conducta consistente en el intercambio de información relativa al mercado mayorista, que no afectó a los precios de venta, que únicamente produjo una reducción de incertidumbre y que, por eso, fue sancionada como infracción por objeto.

2.- A su razón, la carga de la prueba sobre la existencia de daños y su debida cuantificación pesa sobre la parte actora.

3.- Sin embargo, la actividad probatoria de la parte actora, en particular su informe pericial, es insuficiente a los efectos de acreditar la existencia de daño y su cuantificación ortodoxa.

4.- Por el contrario, la actividad probatoria de Peugeot permite tener por acreditada la falta de idoneidad de la conducta sancionada para alterar los precios del mercado minorista y excluye la existencia de ese sobreprecio (informe pericial KPMG-Sr. Alvaro , et al., presentado con posterioridad a la contestación en fecha de 28 de octubre de 2022 e informe pericial Oxera, digitalizado en fecha de 7 de noviembre de 2022 y aportado como "más documental" durante la celebración del acto de audiencia previa).

5.- En el caso de que la actora hubiera procedido a la reventa del vehículo, sería aplicable una defensa por repercusión del sobrecoste.

6.- La acción ejercitada está prescrita, en la adecuada interpretación de los artículos 1902 y 1968.2 CC, toda vez que las previsiones de la Directiva de daños no son aplicables temporalmente a la solución del caso según el momento de comisión de la infracción y la doctrina de la *actio nata*, considerando la fecha en la que se publicó la resolución administrativa que declaró la existencia de la infracción en virtud de la cual se acciona y la notoriedad que alcanzó.

7.- No es apropiado el recurso al interés legal del dinero como criterio de actualización de cualquier indemnización a conceder que, a su vez, debería resultar moderada de conformidad con lo previsto en los artículos 1103 y 1106 CC.

Quinto. Las partes fueron convocadas para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2022. Durante su celebración, insistí a la parte actora en la insuficiencia del dictamen pericial presentado a los efectos del artículo 429.1 LEC. A su vez, concedí a las partes un plazo adicional para realizar alegaciones sobre el contenido de una posible sala de datos, de acuerdo con los siguientes criterios orientadores: (i) identificación de los datos idóneos para el desarrollo de un estudio econométrico que considerase especialmente los utilizados por la demandada en la elaboración de su dictamen pericial, (ii) previsión de acceso a esos datos en condiciones adecuadas para la elaboración de un dictamen de esa clase, (iii) reglas para garantizar la integridad y autenticidad de los datos, (iv) medios de trabajo, (v) reglas de confidencialidad y (vi) estipulación de un calendario de trabajo, resuelto en la elaboración de nuevos dictámenes periciales y posible suscripción de un documento conjunto por uno y otro equipo pericial, que expresase de manera nítida el alcance y causas de sus eventuales divergencias. Las partes realizaron alegaciones en fechas de 17 y 18 de noviembre de 2022, según consta. Mediante auto de 1 de diciembre de 2022, establecí el contenido de una medida de acceso a fuentes de prueba en los términos que constan en las actuaciones, con previsiones particulares para su ejecución mediante una sala de datos y adoptando al efecto



cauteladas para garantizar su funcionalidad, obtención de información relevante por la actora, su aplicación para el desenlace del proceso y reglas adicionales sobre la transparencia de los datos a exhibir.

Sexto. En fechas de 27 de febrero y 16 de marzo de 2023, ambas partes presentaron ampliación de informe pericial.

Séptimo. Llegado el día 23 de marzo de 2023, resultaron agotadas las finalidades de la vista principal del juicio mediante la crítica oral de los dictámenes periciales suscritos por el Sr. Apolonio (Cierzo Periciales) y Sr. Alvaro (KPMG).

HECHOS PROBADOS

La valoración de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el caso permite establecer, como acreditada en la instancia y relevante para su solución, la siguiente relación de hechos probados:

1.- Mediante Resolución de 23 de julio de 2015, recaída en el Expte. NUM000 -Fabricantes de automóviles, la CNMC resolvió que:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

20. TOYOTA ESPAÑA, S.L., empresa distribuidora de los automóviles de las marcas LEXUS y TOYOTA en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013".

(...)

QUINTO.- Declarar que SEAT, S.A. así como al resto de empresas que forman parte del Grupo al que pertenece ésta, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA, S.A. y PORSCHE IBÉRICA, S.A., reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que le corresponde por su participación en la conducta infractora.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(hecho notorio; doc. 4 actor)

2.- La resolución sancionadora constató la existencia de un cártel entre las unidades económicas destinatarias, concurriendo a tal fin los presupuestos previstos en la DA 4ª LDC, todo en relación con tres grupos de conductas consistentes en intercambios de información comercialmente sensible y relativa a sus estrategias de distribución comercial, servicios y actividades de posventa y condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa. Peugeot participó en los tres círculos del cartel.

(Ídem)

3.- La resolución sancionadora resultó judicialmente confirmada mediante STS, 3ª, núm. 531/2021, de 20 de abril de 2021, ponente María Isabel Perelló Doménech.

(hecho notorio; doc. 5 actor)

4.- Durante el período infractor, el actor adquirió un vehículo Peugeot 207 3P X-Line 1.6 HDI 90 Cv, matrícula-JXT en fecha de 21 de mayo de 2007, a través del concesionario oficial Automóviles Dinámicos, S.A., por importe de 15.100 euros.

(docs. 1-3 actor)

5.- El actor realizó reclamación extrajudicial de la deuda en fecha de 18 de enero de 2022.

(doc. intitulado 5 pero registrado 6 actor)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero. Desestimación de la demanda.**

1.- Debo desestimar la demanda formulada por la parte actora, al considerar que, pese a la aplicabilidad de una presunción de daño tras infracción de cartel según la tipología y características de la conducta sancionada y no habiendo sido esa presunción refutada por la demandada, su actividad de postulación y prueba no colma directamente las exigencias del juicio de cuantificación de ese daño, ni la hace merecedora de un ejercicio alternativo de estimación judicial del daño eventualmente sufrido, pues no debo sustituir su actividad probatoria ni puedo apreciar que en el caso la cuantificación del daño compensable sea prácticamente imposible o excesivamente difícil.

2.- En fundamentos sucesivos abordaré una primera valoración probatoria, determinaré el marco jurídico aplicable a la solución del caso, apreciaré la vigencia de la acción ejercitada, interpretaré el significado de lo resuelto por la CNMC, abordaré un segundo ejercicio de valoración probatoria para constatar la insuficiencia definitiva de los dictámenes periciales presentados por una y otra parte y, por fin, rechazaré la práctica subsidiaria de un ejercicio de estimación judicial del daño eventualmente sufrido por la actora. Ofreceré un pronunciamiento adicional sobre imposición de costas procesales. Para el desarrollo de mi argumentación, con vocación de construcción de una regla jurisprudencial segura y uniforme, reproduciré allí donde sea posible mis más recientes aportaciones en este campo, expresadas mediante sentencias de 21 de octubre de 2022 -en la misma infracción de cartel- y de 10 de marzo de 2023 -cartel de camiones-.

Segundo. Sobre la narración de hechos probados.

3.- La narración de hechos probados resulta de la reproducción del material documental incorporado a las actuaciones, de autenticidad no impugnada, junto con lo que pueden considerarse hechos notorios, que he identificado oportunamente.

4.- De ahí resultan algunas conclusiones relevantes con las que introducir el ejercicio de valoración jurídica que la solución del caso exige y que se pueden enumerar así:

- (i) Que la demandada ha sido sancionada por haber incurrido en una infracción de cartel.
- (ii) Que esa infracción, si única y continuada, fue compleja, en cuanto consumió hasta tres modalidades simultáneas, pero alternativas, de conductas antijurídicas.
- (iii) Que, en todos esos casos, la especie de conducta antijurídica imputada a la demandada fue el intercambio de información comercial y sensible.
- (iv) Que solo una de esas conductas pudo haber tenido incidencia en la determinación del precio en el mercado de compraventa de vehículos, según la clase de la información compartida en cada caso. En particular, según la interpretación que asumiré de lo resuelto por la autoridad de competencia, solo una magnitud económica menor, es decir, el margen comercial de la demandada es la que pudo resultar afectada por la conducta cartelizada que le es imputable, en ausencia de una actividad probatoria más intensa que acredite otra cosa.
- (v) Que la parte actora adquirió un vehículo potencialmente afectado por la conducta infractora sancionada.

Tercero. Marco jurídico aplicable a la solución del caso.

5.- El eje temporal de hitos relevantes para la determinación del marco jurídico aplicable a la solución del caso es el siguiente:

- (i) Peugeot incurrió en una infracción de cártel desde febrero de 2006 hasta julio de 2013.
- (ii) El actor adquirió un vehículo Peugeot durante el período infractor (pese a que el título de adquisición es un contrato de leasing, no se han suscitado dudas sobre la legitimación activa de la actora -p. 41 del escrito de contestación y pese a las alegaciones de la demandada durante la celebración de audiencia previa-).
- (iii) La CNMC constató y sancionó como tal la conducta infractora de Peugeot en fecha de 23 de julio de 2015.
- (iv) Esa resolución fue confirmada judicialmente en fecha de 20 de abril de 2021.
- (v) La Directiva de daños fue publicada en el DOUE en fecha 5 de diciembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación.
- (vi) Su transposición se produjo mediante RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que previó su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que se produjo el día 27 de mayo de 2017.
- (vii) La parte actora formuló una reclamación extrajudicial en fecha de 18 de enero de 2022 y demanda en fecha de 10 de mayo de 2022 (registro informático).



6.- Como es sabido, los jueces españoles hemos abundado durante los últimos años en la determinación del régimen jurídico aplicable a procesos de objeto próximo al presente y en circunstancias parecidas, todo para interpretar el difícil régimen transitorio que se prevé en los artículos 21-23 de la Directiva de daños.

7.- Sigue resultando difícil determinar qué es lo que ocurre con casos como este, donde la conducta infractora tuvo lugar de manera anterior a la entrada en vigor de la Directiva de daños, fue sancionada con posterioridad a ese momento, pero a su vez de forma anterior a la entrada en vigor de nuestra normativa de transposición y donde la resolución sancionadora resultó confirmada y la acción de daños finalmente entablada tras ambos hitos legislativos.

8.- Por las diferencias que advertí con los hechos que enjuicié mediante SJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sobres de papel, con ocasión del pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, cartel de camiones, sostuve que en ese caso resultaba aplicable la regla general del artículo 1902 CC, matizada por la interpretación conforme de la Directiva de daños y el germen normativo del artículo 101 TFUE. Eso entrañaba el problema de la eventual irretroactividad de la Directiva de daños, siquiera por vía de su aplicación indirecta, respecto de dos extremos relevantes: la aplicación de una presunción de daño y el recurso a la facultad de estimación judicial de este. Entendí que la aplicabilidad de las presunciones de daño tras una infracción de cartel resultaba accesible con recurso a la regla *ex re ipsa* y sin necesidad de ninguna construcción añadida que tomara como base, en forma alguna, lo previsto en la Directiva de daños. Pero sí afirmé que el recurso a la estimación judicial del daño exigía del soporte directo o indirecto que solo la Directiva de daños procuraba, pues sostuve que la naturaleza de la habilitación del juez mercantil para conducirse de ese modo era una previsión sustantiva, ya que cualificaba este régimen de responsabilidad por daño frente a las soluciones generales del Derecho de Daños.

9.- Con todo, la SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta corrigió esa decisión personal y quiso superar esta discusión, partiendo de la entonces ya conocida STJUE, de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, para expresar que, para la solución de ese caso, no debía darse una interpretación conforme de la regla del artículo 1902 CC con la Directiva de daños, sino que bastaba hacerlo respecto del *"previo acervo jurisprudencial del TJUE conforme al cual debe interpretarse nuestro derecho y en particular el art. 1902 CC (en conexión con el art. 1106 del mismo cuerpo legal) cuando la acción que se ejercita es de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia"* (FJ 7º).

10.- Nada de lo anterior se ajusta de manera perfecta a lo recientemente resuelto mediante STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, sobre discriminación temporal de las normas transitorias de la Directiva de daños. La interpretación de lo resuelto por el Tribunal de Justicia en ese caso es necesaria para apreciar la vigencia de la acción ejercitada, también para advertir el carácter de norma procesal de las previsiones relativas a la estimación judicial del daño que, por ese motivo, se encuentran disponibles para la solución de este caso.

11.- De este modo, las inflexiones que siguen siendo importantes aquí, según la delimitación de hechos y cuestiones jurídicas controvertidas que definen el objeto de este proceso, son (i) las del contenido y extensión del principio de efecto vinculante, (ii) la aplicabilidad de presunciones de daño y (iii) el eventual recurso a la facultad de estimación judicial de este.

12.- Sobre lo primero, el principio de efecto vinculante, su caracterización y significado, cabe señalar que eso integra un acervo anterior a la Directiva de daños, momento en el que ya se disponía de cobertura normativa suficiente sobre esta institución. De este modo, sin discriminar la aplicabilidad de las previsiones de la Directiva en este sentido, según las facetas sustantivas y procesales del principio, bastaría con asumir el reenvío que sugiere la Audiencia Provincial de Valencia. Pues el principio ya había sido objeto de una intensa interpretación jurisprudencial. Abundaré sobre eso algo más tarde.

13.- Sobre lo segundo, la aplicabilidad de presunciones de daño a una acción de daños tras una infracción de cartel, y sobre lo tercero, la disponibilidad de la facultad de estimación judicial de daños para la solución de este caso, me extenderé algo más a continuación, junto con consideraciones añadidas sobre el estado jurisprudencial de la litigación por daños en nuestro país.

14.- El punto de partida es, por un lado, lo resuelto mediante STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, cuando advirtió que esa facultad de estimación judicial *"constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22, apartado 2, de la (Directiva de daños)"* y que *"en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional"*.



15.- También, cuando esa misma sentencia advirtió el carácter sustantivo de la presunción de daño incorporada al artículo 17.2 de la Directiva de daños, de manera que se encuentra afectada por la regla de irretroactividad prevista por el artículo 22.1 de la norma y su ámbito de aplicación temporal no se extiende a una acción por daños que se refiere a una infracción finalizada antes de la expiración de su plazo de transposición.

16.- De manera adicional, partiendo del mismo lugar, que la presunción de daño consume la relación de causalidad entre perjuicio y cártel (en el párrafo 94 de la sentencia).

17.- Y, asumiendo ahora una labor de interpretación más amplia que ponga en relación esa toma de posición del Tribunal con el régimen de interferencia y supletoriedad existente entre la normativa comunitaria de competencia y la nacional (en el considerando 11 de la Directiva de daños), debe señalarse que la imposibilidad de recurrir a la presunción de daño prevista en el artículo 17.2 de la Directiva no impide que una acción de esta clase se vea favorecida o facilitada, con el mismo alcance y efectos, por otras construcciones análogas y disponibles en el Derecho nacional, con el único límite de lo que resulte de los principios de efectividad y equivalencia.

18.- Pues bien, como he señalado, desde el pronunciamiento de aquellas sentencias en los casos sobres de papel y cartel de camiones, he considerado aplicable a estas acciones la regla *ex re ipsa*, para presumir la existencia de daños susceptibles de compensación tras una infracción de cartel. Esa toma de posición ha resultado confirmada, en ambos casos, por la SAP Barcelona, 15ª, de 10 de enero de 2020, ponente José María Ribelles Arellano, sobres de papel, o la misma SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, cartel de camiones. En realidad, se trata de una asunción pacífica y extensa de nuestra jurisprudencia menor (vid. Marcos, F., "Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones", Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 26, enero-junio de 2020 y "Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el cártel de camiones", Almacén de Derecho, 21 de enero de 2022). Este razonamiento satisface todos los requisitos de la presunción judicial como actividad intelectual asimilada a la prueba en el artículo 386 LEC. Sobre los requisitos generales de esta norma procesal y por todas, puede verse la STS, 1ª, núm. 89/2008, de 8 de febrero de 2008, ponente Jesús Corbal Fernández. Partiendo de los hechos conocidos sobre la infracción como su tipología, intensidad, extensión y otras circunstancias, un razonamiento lógico bastante conduce a ese resultado, de manera coherente con lo que resulta de la evidencia empírica disponible sobre infracciones semejantes. A su vez, el recurso a las presunciones *ex re ipsa* debe hacerse conciliable con la doctrina jurisprudencial que ha advertido su inaplicabilidad allí donde, de la misma manera evidente y ante la ausencia de una prueba específica, no se constata la existencia de daño (STS, 1ª, núm. 516/2019, de 3 de octubre de 2019, ponente Ignacio Sancho Gargallo, Nuba).

19.- Los carteles causan daño. Un cartel es un comportamiento ilícito que provoca un incremento artificial del poder de mercado de los cartelistas y restricciones en la oferta de productos y servicios, la expulsión de consumidores del mercado afectado por la conducta, el incremento de precios y la obstaculización del desarrollo tecnológico (partiendo de Alfaro, J., "Reflexiones sobre los objetivos del Derecho tomando el Derecho de la Competencia como ejemplo", Almacén de Derecho, 23 de marzo de 2017). Si eso no fuera posible, las empresas no incurrirían en infracciones de cártel. Los carteles son infracciones muy graves.

20.- En efecto, las autoridades de competencia no tienen por qué comprobar si los cartelistas han alcanzado efectivamente sus objetivos para imponerles una sanción, porque son empíricamente conocidos (Oxera, "Quantifying antitrust damages", estudio preparado para la Comisión Europea, 2009, secc. 4.1). Categorizar una infracción de cartel como una por objeto solo persigue la utilidad de eximir a la autoridad de competencia de probar los efectos de la infracción en el mercado afectado por la conducta (partiendo de Alfaro, J., "La distinción entre infracciones por el objeto y por sus efectos en el art. 101 TFUE y algunos ejemplos en la práctica de la CNC", Derecho Mercantil, 2012). Pero eso no quiere decir que, después de que se indique que una empresa ha incurrido en una conducta de cartel y que esta es una infracción por objeto, todavía sea necesario demostrar que también lo es por efecto (de manera muy nítida en las conclusiones de la Abogada General Kokott, presentadas el 19 de febrero de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile, párrafo 45). La mera disponibilidad de información comercial reservada de los competidores determina una presunción sobre la efectiva distorsión del poder de mercado por su utilización (partiendo de SSTJUE, de 8 de julio de 1999, asuntos C-49/92 Anic Partecipazioni y 199/92P, Hüls).

21.- La positivización de la presunción de que los carteles causan daño perseguía corregir las asimetrías de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio, todo para garantizar la eficacia de las acciones de daños (en el considerando 47 de la Directiva de daños).



22.- Antes de eso, la jurisprudencia nacional y comunitaria introdujo criterios de facilidad probatoria para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva (en la interpretación concordante de las STJUE, de 20 de septiembre de 2001, asunto 453/99, Courage y STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013, ponente Rafael Sarazá Jimena, Azúcar II, FJ 7º). De manera explicitada o no, la difusión de esos criterios solo se justifica por dos asunciones previas: los carteles causan daño y es difícil probarlo.

23.- Pero esa regla jurisprudencial devenida en canon normativo también está sujeta a algunos límites. Por un lado, la prohibición de excesos de resarcimiento y de concesión de daños punitivos (en el considerando 13 de la Directiva de daños). Por otro lado, que la presunción de daño no puede intervenir como una regla de cuantificación ("*importe preciso del daño*", de nuevo en el considerando 47 de la norma). Respecto de esta última advertencia, que ya asumí con ocasión del pronunciamiento de aquellas sentencias que he citado, conviene todavía destacar que, partiendo de algunas admoniciones de la jurisprudencia comunitaria, el tratamiento normativo de la presunción de daño en la Directiva de daños parece tener más que ver con una sobreactuación para evitar el enriquecimiento injusto, que con su raigambre empírica (vid. Weber, F., et al, "The abstract presumption of harm in the Damages Directive: overconcern of overcompensation", European Competition Journal, 26 de septiembre de 2021).

24.- Lo que no queda del todo claro es cuál debe ser la relación entre esa presunción de daño -disponible antes y después de la entrada en vigor de la Directiva de daños, en una especie u otra y pese a su distinta tipología normativa-, y la distribución de cargas probatorias en el proceso civil. También, qué tenga que añadir a todo eso la atribución al juez de una facultad específica para la estimación de los daños cuando es demasiado difícil hacerlo.

25.- Una presunción de daño que no está conectada con un contenido económico mínimo no tiene ninguna utilidad aparente. Antes, al contrario, entre nosotros invita a interpretaciones inadecuadas sobre el alcance del artículo 217 LEC.

26.- Por ejemplo, insistir en que un proceso de daños puede resolverse por insuficiencia probatoria del intento de cuantificación de la parte actora cuando el de la demandada también lo es implica, en realidad, desactivar el significado de la presunción de daño y, por extensión, lesionar el principio de efectividad del derecho al pleno resarcimiento que asiste al perjudicado por una infracción anticompetitiva ex artículo 101 TFUE.

27.- En realidad, creo que eso forma parte de una confusión recurrente entre los jueces españoles: sostener que existe una disociación entre las normas sustantivas y procesales que confluyen en las condiciones que han de hacer posible la efectividad de ese derecho. Pero todas esas cosas o comparten un solo carácter como normas de Derecho de la Competencia o deben ser desechadas. La reserva de autonomía procesal nacional es solo aparente, en la medida en que ninguna construcción de ese carácter puede condicionar el efecto directo de todo lo que se contiene en el artículo 101 TFUE que, en los hallazgos progresivos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no siempre responde con claridad a una discriminación perfecta de las facetas sustantivas y procesales de una misma institución jurídica.

28.- Desde luego, el Derecho de Competencia no instaura un sistema de responsabilidad civil por daño autónomo y autosuficiente. Pero la responsabilidad civil por daño antitrust es de origen legal y no parte de ese tipo indeterminado que es el artículo 1902 CC, que sencillamente ofrece una acción cuando las específicas de la Directiva de daños y de su norma de transposición nacional no se encuentran disponibles. Eso implica algunas exigencias: nuestra labor como jueces consiste en identificar las especialidades del Derecho de la Competencia y hacerlas conciliables con las de nuestro Derecho de Daños y proceso civil.

29.- Entonces, si una presunción de daño resulta aplicable a una acción privada entablada tras una infracción de cartel constatada por una autoridad de competencia, debe desecharse por inaceptable un silogismo procesal en aplicación del artículo 217 LEC que conduzca, sin mayores consideraciones, a apreciar que esa presunción no significa nada.

30.- Y por eso es especialmente relevante la conexión entre la presunción de daño y la facultad de estimación judicial, pues permite una cuantificación alternativa del daño sufrido por el actor, en determinadas condiciones.

31.- Por eso el esquema de litigación aplicable a una acción de daños ejercitada tras una infracción de cartel debería ser el siguiente: el daño se presume si la interpretación de la conducta sancionada así lo permite, el cartelista tiene que probar que no se causó daño, el perjudicado tiene que cuantificarlo y el juez puede estimar ese daño si hacerlo es muy difícil.

32.- Por eso la primera carga procesal en este proceso es del demandado, porque es un cartelista. Tiene que probar que la conducta de cartel sancionada por la autoridad de competencia no causó daños a la parte actora.



33.- Pero ocurre también que la noción legal de cartel incorporada a la DA 4ª LDC es abierta y flexible. El cartel es esencialmente un comportamiento económico y la formulación jurídica de ese tipo infractor es amplia, está sujeta a algunas contradicciones y ha dado lugar a una evolución, tanto en su aplicación práctica como en la difusión de los instrumentos de *soft law* que la acompaña (vid. Rincón García Loygorri, A., "El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC" en Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos, Beneyto Pérez, J. M., et. al., coord., Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 37-82).

34.- El cártel es el hecho identificativo al que se ha asociado esa presunción de daño, normativa y jurisprudencialmente (de nuevo, en los párrafos 94 y 102 de la STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM).

35.- Pero eso no evita que, para la aplicación de la presunción de daño, primero deba ser examinada la tipología concreta de la conducta sancionada y que intervenga como fundamento de la acción. Ese examen debe permitir la constatación de un vínculo jurídico y económico entre la infracción constatada y la teoría del daño con la que el actor base el ejercicio de su demanda. Después, el examen pausado de esa concreta tipología debe también conducir el juicio sobre la intensidad de la presunción de daño. Es decir, sobre la intensidad del umbral probatorio exigible al cartelista para refutar el significado jurídico y económico de la presunción. Porque la presunción de daño es refutable (en la expresión normativa definitiva de la presunción en los artículos 17.2 Directiva de daños y 76.3 LDC y, de forma previa, en el acervo jurisprudencial que ha definido las presunciones *ex re ipsa* como *iuris tantum*).

36.- Si una presunción de daño que no está conectada con un contenido económico mínimo no sirve para nada, una presunción de daño que nunca pueda refutarse no es una presunción, sino una inexorable condena. Y la aplicación privada del Derecho de la Competencia debe resultar compatible con los derechos de defensa que asisten al demandado (considerandos 4, 47 y 53 de la Directiva de daños, en su remisión al artículo 47 CEDH).

37.- Cabe recordar que, a propósito de las relaciones de complementariedad entre las facetas pública y privada del Derecho de la Competencia, una de las principales aportaciones de la doctrina del TJUE es la que advierte que el significado de las instituciones básicas de este Derecho debe ser equivalente en ambos casos (así en la STJUE, 2ª, de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska). Pues bien, nuestra *doctrina jurisprudencial pública* señala que la delimitación de cualquier estándar probatorio en estos casos debe resultar siempre compatible con la presunción de inocencia que asiste al investigado (SAN, Sala de contencioso, 6ª, de 19 de noviembre de 2021, ponente Francisco de la Peña Elías, fabricantes de turrón). De forma análoga y pese a la constatación previa de una infracción anticompetitiva, debe resultar posible que el infractor se defienda de alguna manera frente a una acción de daños y, en particular, que pueda llegar a aceptarse en algún caso que la infracción sancionada no causó daño susceptible de compensación, que este fue muy pequeño o que pudo ser repetido a un tercero, aunque eso convierta a esa persona en un perjudicado indirecto y sin compromiso de su derecho de resarcimiento (por ejemplo, en la serie de sentencias sobre el cártel del Euribor de la Audiencia Provincial de Barcelona, por todas, SAP Barcelona, 15ª, núm. 1202/2022, de 15 de julio de 2022, ponente Marta Cervera Martínez).

38.- Después, debe ser necesario examinar en qué concretas circunstancias no debe hacerse uso de la facultad judicial de estimación de daños. Eso exige una reflexión sobre su fundamento y los criterios de política legislativa que han introducido este desarrollo normativo.

39.- Como ya he dicho, creo que la facultad judicial de estimación del daño es el remedio adecuado para dotar de un contenido económico mínimo a la presunción de daño tras cartel. Pero, después, todavía es necesario disciplinar algún remedio adicional que trate de evitar que una solución anormal para una acción de daños se convierta en otra normal. Porque no debe serlo (se trata de una "*herramienta extraordinaria*" para Massaguer, J., "Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia", Revista de Derecho Mercantil, núm. 322, 2021, afirmación que es coherente con la explicación del autor sobre la ausencia de un derecho absoluto a obtener compensación, tesis que, a su vez, encuentra fundamento directo en la jurisprudencia germinal de este Derecho -de nuevo en Courage-).

40.- Como señalé en este proceso mediante auto de 1 de diciembre de 2022, desde el pronunciamiento del auto de 19 de junio de 2019, que resultó confirmado por AAP Valencia, 9ª, de 1 de octubre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, he considerado, en recepción de los materiales de *soft law* que han acompañado el proceso de consolidación legislativa de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, que el acceso a fuentes de prueba resuelto instrumentalmente en la celebración de una *sala de datos* es adecuado para, en desarrollo de un itinerario *ad hoc*, tratar de paliar la situación de asimetría informativa y dificultades probatorias entre las partes en el proceso. La "*sala de datos*" no es un fin en sí mismo, sino un instrumento susceptible de ser sustituido por cualquier otra solución que se considere más adecuada. Eso



sí, sin buenos motivos para hacerlo, no debe despreciarse una solución normal en el ámbito de la aplicación pública de este Derecho y que, precisamente por eso, cuenta con un amplio refrendo en las recomendaciones y guías que han acompañado la consolidación legislativa de las acciones de daños. Recuérdese que uno de los criterios de valoración probatoria recomendados por la Sentencia Azúcar II fue la homologación del método de cuantificación empleado por el actor en ese caso con cualquiera de los habitualmente aceptados " *por los tribunales de otros países*" (de nuevo, en el FJ 7º).

41.- Así, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2019 y en otras posteriores, advertí que el recurso a una sala de datos y para la puesta a disposición de información económica potencialmente relacionada con la infracción causante del daño, es una medida idónea para remediar la dificultad probatoria y asimetría informativa existentes entre el cartelista y un presunto perjudicado por la infracción. El perjudicado por una práctica anticompetitiva no tiene por qué recurrir al mecanismo previsto en el artículo 283 bis LEC, que es la cobertura procesal de esa medida, antes o durante el proceso de daños. Pero, si desprecia abiertamente esa posibilidad cuando ya se ha advertido que su intento de cuantificación es insuficiente, no puede después reivindicar la subsistencia de una situación de dificultad probatoria y asimetría informativa que justifiquen una sobreactuación judicial última, resuelta mediante una estimación judicial subsidiaria del daño compensable. Este era el contrapeso que consideré más adecuado para evitar un recurso abusivo a las facultades de estimación judicial del daño como solución habitual -y por eso inadecuada- de una acción *follow on*. Así se preservaba la conexión de esa facultad con el contenido económico mínimo de una presunción de daño. Antes de eso, debía establecerse un umbral de exigencia probatoria compatible con la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva y que hiciera posible, alguna vez, la estimación íntegra de demandas. Así y de nuevo en la SJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sobres de papel y en la SJM núm. 3 de Valencia, de 30 de diciembre de 2019, cartel de camiones (última decisión que también fue corregida mediante SAP Valencia, 9ª, núm. 90/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta). Una y otra cosa debían procurar el equilibrio que esta litigación parece exigir.

42.- Como es sabido, desde el pronunciamiento de la SAP Valencia, 9ª, núm. 1284/20, de 17 de noviembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, se ha instalado para este partido judicial una visión refractaria sobre la utilidad de una medida de acceso semejante a la descrita, por carecer, según se señaló, de refrendo procesal en nuestro sistema y porque, por el contrario, intervenía como un instrumento que aumenta las dificultades y asimetrías existentes entre las partes en un proceso de esta clase. En síntesis: si el actor carece de datos adecuados para elaborar su dictamen pericial de cuantificación existe asimetría informativa y, si el demandado resuelve compartir con el actor sus propios datos, la situación de asimetría informativa se incrementa. Mediante auto de 10 de mayo de 2021 resolví el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE que, al menos de manera indirecta, propuso indagar sobre la idoneidad de una actividad probatoria basada en la utilización de salas de datos. Al mismo tiempo, la doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia en esos casos ha establecido un umbral probatorio exorbitante, pues ningún intento de cuantificación del daño logra nunca formar la convicción del Tribunal en ningún sentido, siendo todos los procesos resueltos de manera homogénea y con recurso a la facultad de estimación judicial del daño. Eso puede verse en la recensión de pronunciamientos que recientemente plasmé en la SJM núm. 3 de Valencia, de 7 de septiembre de 2022, cartel de camiones, así:

"20.- En materia de valoración de dictámenes periciales aportados por las partes actoras, la Audiencia Provincial de Valencia ha rechazado el poder de convicción de los fundados en diversas clases de aproximaciones, así las estadísticas (informe Rodríguez, SAP Valencia, 9ª, núm. 1679/2019, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta), índices anidados de precio (informe Zunzunegui, SAP Valencia, 9ª, núm. 552/21, de 11 de mayo de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta), proyección de precios tras infracción con recurso a índices oficiales (informe Naider, SAP Valencia, 9ª, núm. 1384/20, de 9 de diciembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta), análisis de datos contables y evolución de amortización de costes (informe Universidad de Granada, SAP Valencia, 9ª, núm. 67/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta) o método sincrónico y diacrónico (informe Caballer, SAP Valencia, 9ª, núm. 90/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta), para reconducir unos y otros al mismo resultado de cuantificación: el cinco por ciento del precio neto satisfecho para la adquisición del camión que funde la pretensión compensatoria en cada caso.

21.- En materia de valoración de dictámenes periciales aportados por las partes demandadas, se ha sometido a idéntico juicio de desvalor probatorio a los informes periciales de cuantificación del daño "meramente formal" (así en la SAP Valencia, 9ª, de 23 de enero de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta).

(...)



31.- *De este modo, persiste aquí la necesidad de realizar una estimación alternativa del daño sufrido por la actora, según los presupuestos y contenido económico de aplicación de esa facultad en los desarrollos de la misma Audiencia Provincial de Valencia. En eso insiste la parte actora. Pero debo realizar dos salvedades".*

43.- Antes del planteamiento de esa cuestión prejudicial, advertí de los resultados prácticos de la implementación de ese criterio jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante respetuoso *obiter dicta* y con ocasión del pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia, de 22 de diciembre de 2020, cartel de camiones. Entre otros extremos, señalé entonces que:

"35.- Sin embargo, llegado a este punto en que los criterios de la Audiencia se traducen en lo que considero una arriesgada llamada a la burocratización de la litigación follow on, nada de eso debe disuadirme de entablar un respetuoso diálogo con ese Tribunal superior, invitando siquiera a la matización de la doctrina jurisprudencial establecida en su última sentencia de 17 de noviembre de 2020, sobre la irrelevancia del ofrecimiento por la parte demandada de los datos en los que se funda su dictamen pericial y relativos a su giro empresarial, incluso en escenarios de previo desvalor e insuficiencia probatoria del dictamen pericial presentado por la parte actora.

36.- Considero que debe ser posible para un cartelista defenderse en forma alguna en el proceso follow on subsiguiente a la aplicación pública del Derecho de la Competencia. Y que eso debe determinar que, si la parte actora no logra formar la convicción judicial con sus propios recursos probatorios y desprecia las fuentes que se le ofrecen (lo que integraría una praxis ordinaria en cualquier jurisdicción más experimentada que la nuestra), eso debe determinar la desestimación de la demanda. No hay trampas: se trata de la necesaria construcción de un Derecho y del desarrollo normal de un proceso civil bajo el amparo judicial".

44.- Esta impresión personal sobre el desenlace actual de la litigación de daños en España no es muy distinta de las conclusiones alcanzadas por otros magistrados españoles, al menos a propósito del altísimo grado de dispersión de las sentencias pronunciadas en la materia por el recurso acostumbrado a las facultades de estimación judicial (vid. Pellicer Ortiz, B., "El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de Defensa de la Competencia", La Ley probática, núm. 6, 2021, o Martín Martín, G. A., "Quantifying damages in cartel cases: the Spanish courts approach to the trucks cartel", Mass Claims Journal, vol. 2, diciembre de 2021).

45.- Pues bien, el resultado de una doctrina jurisprudencial como la valenciana, que (i) sin duda trata de maximizar el efecto útil de la prohibición contenida en el artículo 101 TFUE enfatizando la importancia de la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva, (ii) que admite la aplicación de presunciones de daño a las acciones privadas ejercitadas tras una infracción de cártel y (iii) que dota de un contenido económico mínimo a esa presunción en un contexto de insuficiencia de la actividad de prueba del lesionado por la práctica anticompetitiva, (iv) necesita todavía dotarse de algún contrapeso que evite una solución estandarizada e inamovible para las acciones de daños, aunque resulten de una misma decisión sancionadora.

46.- Una doctrina jurisprudencial cumple razonablemente con la finalidad que le es inherente si es uniforme. El valor central de la jurisprudencia es la continuidad, que exige tratar por igual a quienes son iguales, pero no a quienes no lo son. Creo que la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia está excesivamente condicionada por su asunción del significado y exigencias derivadas del principio de igualdad. Una aproximación relevante de la noción de igualdad como criterio resolutorio puede verse en la SAP Valencia, 9ª, núm. 80/2020, de 23 de enero de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, así:

"(...) pues entendemos que con arreglo al principio de igualdad jurídica que resulta del artículo 14 de la Constitución, cuando los supuestos enjuiciados respondan de forma mimética al mismo patrón, la respuesta habrá de ser coherente, de modo que, ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas (...)"

47.- Pero esa visión, si teóricamente aceptable, se ha traducido de manera bien conocida en una aplicación práctica del principio que, en mi opinión, no tiene refrendo en nuestra acepción constitucional sobre este. La cuestión central para considerar aquí es que no se produce una lesión del principio de igualdad por el enjuiciamiento alternativo de grupos de casos que son formalmente análogos, pero materialmente diferentes por la presencia de hechos o circunstancias desiguales (STC, 2ª, núm. 60/1984, ponente Francisco Pera Verdager). En realidad, el análisis de cada caso concreto y de sus circunstancias, incluso donde el principio de igualdad resulta aparentemente comprometido, puede ser muy determinante para el desenlace de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia (STS, 1ª, núm. 198/2022, de 8 de marzo de 2022, ponente Pedro José Vela Torres). Y, que para grupos de casos muy parecidos pueden todavía adoptarse criterios sustantivos flexibles y alternativos, se evidencia en la doctrina del más destacado referente de la jurisprudencia menor española (SSAP, 15ª, núm. 603/2020, de 17 de abril de 2020, ponente Marta Cervera Martínez; núm. 111/2022, de 27 de enero de 2022, ponente Juan Francisco Garnica Martín; y núm. 1221/2022, de 18 de julio de 2022, ponente José María Ribelles Arellano, todas ellas recaídas en el caso del cártel de camiones).



48.- El corolario de todo lo razonado hasta aquí es que el marco jurídico aplicable a la solución de este caso todavía adolece de imperfecciones que, incluso aceptando la enorme presión a la que nos enfrentamos como consecuencia de la fragmentación y pobre calidad de esta clase de litigación, exigen a los jueces valencianos (i) evitar la incorporación entre nosotros de criterios que mermen la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva, (ii) que también eviten una solución estandarizada y arbitraria de estos nuevos grupos de casos, (iii) que sean respetuosos con los derechos de defensa de los demandados, (iv) que intervengan como incentivo para fomentar una litigación más sofisticada y (v) que posibiliten que podamos hacer mejor nuestro trabajo.

49.- Pues bien, creo que esos incentivos esenciales tienen que ver con la adopción de medidas de gestión procesal que, en desarrollo de esa figura ya incorporada a nuestro derecho positivo, el artículo 283 bis LEC, provoquen ese resultado útil.

50.- En este caso, de manera coherente con mi experiencia previa en procesos semejantes, después de haber advertido a la parte actora sobre la insuficiencia de sus medios de prueba, he adoptado los mecanismos de prueba ampliada descritos en los antecedentes de hecho de esta resolución. Y se han añadido medidas específicas para garantizar la transparencia y fiabilidad de los datos a obtener para su aplicación posterior a la solución del caso, consistentes en el acceso a documentación comercial original de la demandada a petición del equipo pericial de la parte actora, en un volumen porcentual relevante del total de datos a exhibir.

51.- Y no puede argüirse que esa es una actividad procesal impuesta a la actora, sin cobertura procesal o inadecuada. Porque (i) parte de una aplicación normal de las facultades que se le confiere al juez durante la celebración del acto de audiencia previa y (ii) es aceptada por todas las partes intervinientes. Y, muy especialmente, porque tras el pronunciamiento de la STJUE, 2ª, de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, esta es la manera adecuada de conducir la litigación privada en el futuro, para la difusión de las medidas de acceso a fuentes de prueba como institución central en la expresión normativa del Derecho de Daños antitrust, conceder todo el protagonismo al debate contradictorio entre los peritos y sin desfigurar el carácter y presupuestos de la estimación judicial del daño como solución extraordinaria del proceso.

52.- Así, he ofrecido una interpretación consistente de lo últimamente resuelto por el Tribunal de Justicia mediante sentencia de 10 de marzo de 2023:

"A) Sobre la respuesta a la primera pregunta

31.- En respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia ha admitido la plena compatibilidad del artículo 394 LEC con los principios de efectividad y equivalencia del artículo 101 TFUE (de manera muy asequible en el párrafo 48 y en la primera respuesta) y de las únicas previsiones de la Directiva de daños con incidencia en la cuestión (párrafo 38).

32.- Entonces, el Tribunal admite que (i) solo la estimación plena de una pretensión compensatoria conducirá, normalmente, a la condena en costas del demandado, (ii) que el desenlace normal de una estimación parcial de una pretensión indemnizatoria será la ausencia de imposición de costas, (iii) que la desestimación de la demanda puede conducir a la imposición de costas al actor y (iv) que resulta igualmente admisible que el tenor literal del precepto se matice según la doctrina jurisprudencial nacional sobre estimación sustancial de una pretensión indemnizatoria. Pero también quiero insistir en otras tres salvedades adicionales.

33.- En primer lugar, el Tribunal imprime un argumentario decididamente separado para los Derechos de la Competencia y de Consumo (párrafos 45-46). Lo hace reformulando el enfoque con el que se planteó la pregunta: la regla de indemnidad del lesionado. Y vincula, creo que de forma oscura, esa regla de indemnidad con la disponibilidad a favor del lesionado de medidas como el acceso a fuentes de prueba cuya finalidad, según describe, son las de reequilibrar la fuerza de las partes en el proceso (párrafos 43-46). No advierto la relación de una cosa y la otra. Resta todavía por indagar si, en la mente del Tribunal de Justicia, la condición subjetiva concurrente de perjudicado por una infracción anticompetitiva y consumidor depararía una interpretación distinta sobre el artículo 394 LEC. Pero ninguno de los actores en este proceso es un consumidor. Personalmente, trataba de hacer notar cómo la complejidad de este tipo de procesos conducirá habitualmente a la concesión de estimaciones parciales de demanda y cómo eso pueda mermer la efectividad del derecho compensatorio del perjudicado, al incurrir en gastos de los que no se resarcirá y menoscabarán la compensación neta de su perjuicio, ni tan siquiera por la eventual disponibilidad de una doctrina jurisprudencial nacional y correctora de los excesos a los que pueda conducir la literalidad del artículo 394 LEC, por sus limitaciones. Pero el Tribunal parece más preocupado por transmitir la idea fuerza de que el perjudicado debe preparar de manera conveniente su demanda, quizás para que lo pedido se ajuste a lo concedido o de manera que el recurso a esa doctrina jurisprudencial nacional no encuentre obstáculos. Porque, aunque en el planteamiento de la cuestión la primera pregunta estaba completamente desgajada de las restantes, ese es el hilo conductor de toda la motivación del Tribunal de Justicia.



34.- Es entonces compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia que el resultado de la estimación parcial de una acción de daños tras una infracción de cartel, como consecuencia del recurso a la estimación judicial del daño y para la concesión de una indemnización en un umbral cualitativa y cuantitativamente menor del reclamado, no determine la condena en costas del infractor demandado.

35.- En segundo lugar, en ningún caso el Tribunal de Justicia admite que, si ese es el desenlace del proceso, se pueda imponer al actor y beneficiado por ese pronunciamiento de condena la obligación de satisfacer en forma alguna las costas procesales generadas al demandado. Porque cuando el Tribunal de Justicia analiza la regla de temeridad procesal, lo hace desde su obligación de interpretación exhaustiva y completa del precepto nacional cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario se cuestiona (que se reproduce parcialmente en el párrafo 19 de la resolución). Es decir, que el Tribunal de Justicia admite que es compatible con el Derecho Comunitario una regla como la del artículo 394 LEC cuando, en un escenario de desestimación de la demanda, todavía se puede apreciar la temeridad con la que ha litigado el actor y para agravar su obligación de pago de las costas del proceso. En el diálogo que el Tribunal sostiene con la Abogada General (párrafo 47), no encuentro espacio para entender nada más. Y esa regla es igualmente aplicable al caso de la estimación plena de la demanda, cuando puede apreciarse que es el demandado quien ha litigado de manera temeraria.

36.- En tercer lugar y del mismo modo, también es compatible con el Derecho Comunitario un precepto como el artículo 394 LEC, cuando exime a cualquiera de las partes de una eventual condena en costas y pese al íntegro rechazo de su posición y estrategia procesales, si la solución del caso es dudosa en términos de hecho o derecho.

B) Sobre la respuesta a la segunda pregunta

37.- En respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia clarifica que la facultad de estimación judicial del daño se encuentra disponible aunque la parte actora haya tenido acceso a la información comercial extensa en la que se basa el dictamen pericial presentado por la demandada para justificar la ausencia de daño compensable, porque esa previsión del artículo 17.1 de la Directiva de daños únicamente presupone que se acredite la existencia de perjuicio y que resulte imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión.

38.- La respuesta del Tribunal de Justicia en este caso responde al interés principal de planteamiento de la cuestión prejudicial, lo que no parece necesitado de una explicación mayor: se trata de la cuestión que afecta en proporción más intensa a la solución del caso y, también, al criterio jurisprudencial que he expuesto largamente. La respuesta parte de una reformulación de los términos de mi pregunta y, a diferencia de lo que ocurre respecto de la primera y tercera cuestión, el razonamiento del Tribunal exige de una interpretación más atenta, porque su análisis es abierto y plural.

39.- Al tiempo de planteamiento de la cuestión y en la redacción empleada al efecto, quise plasmar mi propia asunción sobre el significado del tenor literal del artículo 17.1 de la Directiva de daños y de sus Considerandos, para la comunicación de significados entre la categoría de "asimetría informativa", que no está presente en el precepto pero sí de manera expresa en esos expositivos -también en los largos trabajos prelegislativos de los que la Directiva es resultado- y el presupuesto habilitante de la estimación judicial: la persistencia de dificultades de cuantificación irresolubles, a modo de supuesto de hecho que incorpora la norma (tal y como se reproduce en el párrafo 15) y como concepto igualmente incorporado a la redacción de mi pregunta. Creo que acerté a expresarme en términos que pudieron resultar comprensibles para el Tribunal (párrafo 50, in fine).

40.- Pero el Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente esta construcción de manera tan rotunda (párrafo 54) como, según considero, poco efectiva desde el punto de vista práctico y para la solución de este caso, según el itinerario procesal que justificó el planteamiento de la cuestión, en el enlace con el resto de las aportaciones de la misma sentencia y en las que debo detenerme a continuación.

41.- En efecto, en la expresión del Derecho de la Unión comprometido por la solución del caso (párrafos 3-16), el Tribunal hace cita expresa de los considerandos 15, 46 y 47 de la Directiva de daños, en los que se alude a la situación de asimetría informativa entre el perjudicado por una infracción anticompetitiva y el infractor como elemento característico de la litigación privada antitrust y, por añadidura de lo que se abunda en los considerandos 11, 14 y 45 de la norma, que también se analizan, como elemento que explica la dificultad de acreditación del daño y su correcta cuantificación, junto a la complejidad inherente a la elaboración de un dictamen pericial de base económica.

42.- A su vez, el Tribunal de Justicia reconoce que la situación de asimetría informativa, que se manifiesta en la indisponibilidad de pruebas adecuadas para la cuantificación del daño, es el elemento precursor que ha justificado la positivización de la facultad de estimación judicial del daño en el artículo 17.1 de la Directiva (párrafos 43 y 54).

43.- Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirma que la eventual situación de asimetría informativa y, de forma no explicitada, el reequilibrio de fuerzas que también es posible para este Derecho precisamente por esa razón



(en los precedentes de los párrafos 13, 41, 45-46), no juega ningún papel a la hora de conceder una estimación judicial del daño y para valorar si cuantificarlo adecuadamente por el perjudicado es fácil o difícil, posible o imposible (de nuevo en el párrafo 54).

44.- No se detiene ahí el razonamiento del Tribunal para, según creo, explicitar la paradoja de esa construcción teórica sobre los presupuestos para la estimación judicial del daño, las circunstancias concretas del caso donde ha sido planteada la cuestión a la que responde y las recomendaciones sobre la manera adecuada de conducir la litigación privada.

45.- Antes de eso, debo recordar nuevamente que la característica singular de este caso, tal y como explicité al tiempo de formulación de la cuestión prejudicial, es que su solución se enfrenta a un criterio jurisprudencial que ha privado de cualquier poder de convicción a los dictámenes periciales presentados por una y otra parte y, también, de la utilidad a las medidas de acceso a fuentes de prueba implementadas de forma consensuada por las partes, ante la advertencia de insuficiencia probatoria del juzgador y para la solución homogénea de estos grupos de casos mediante el recurso a la estimación judicial del daño.

46.- Pues bien, quizás se entienda entonces mejor la importancia de que el Tribunal señale que, allí donde la asimetría de información no juega ningún papel para conducir el juicio de estimación judicial del daño, sí debe tomarse en consideración la disponibilidad potencial de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba en el artículo 5 de la Directiva de daños, su aplicación contingente durante el proceso y la utilidad que la parte actora haya podido extraer de esas medidas, advirtiendo de su idoneidad para la actividad probatoria que persiga acreditar la realidad del perjuicio sufrido por la parte actora y su correcta cuantificación (párrafos 55-58).

47.- En el terreno de los eufemismos, esta cuestión prejudicial quedó reducida para cierto imaginario a una sobre el uso de "salas de datos". Porque ese fue el instrumento en el se plasmó la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el caso. No se trataba de eso, sino de la importancia de la asimetría de información como manifestación de la dificultad probatoria habilitante de la estimación judicial y, solo después, de la idoneidad de una medida de "sala de datos" recomendada por el juzgador como adecuada para remediarla. También para un propósito no explicitado: poner la estimación en el lugar que corresponde a la estimación y recuperar el terreno perdido para un ejercicio de valoración probatoria ordinario, donde las medidas de acceso a fuentes de prueba sean práctica común para observar en lo sucesivo. En cualquier caso, he sostenido de manera insistente que no podía confundirse un mero instrumento perfectible, la sala de datos, con la necesidad de una aplicación trascendente y útil del principal recurso procesal incorporado a nuestro sistema para esta litigación específica, el artículo 283 bis LEC en su correspondencia con el artículo 5 de la Directiva de daños. Pues bien, en el mismo lugar y para hacer de la labor de interpretación de lo resuelto por el Tribunal de Justicia una imagen poderosa, bien puede decirse que su respuesta también puede explicarse así: cuando la "asimetría informativa" sale por la puerta del proceso como criterio resolutorio, las "salas de datos" como medida adecuada para enfocar la labor probatoria de las partes entran por la ventana. En realidad, todo el significado resolutorio que he impreso al tratamiento de la asimetría informativa queda embebido en la respuesta del Tribunal sobre la necesaria distinción entre las incertidumbres de la prueba practicada en el proceso y la dificultad probatoria remanente como presupuesto para la estimación, junto con la recomendable difusión de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba, considerando idóneos a tal fin los practicados en este caso. Pues debe cuestionarse la existencia de una dificultad probatoria habilitante de la estimación allí donde el actor ha rechazado injustificadamente una medida de acceso a fuentes de prueba, porque la estimación judicial del daño no es un remedio a su pasividad.

48.- Desde luego, como igualmente enfatiza el Tribunal, ningún elemento de los que define la aplicación posible de una institución mayor, puede condicionarla en términos absolutos (párrafo 59). La sentencia del Tribunal de Justicia no autoriza a sostener que el acceso a fuentes de prueba practicado antes o durante el proceso sea un requisito absoluto para la estimación de una demanda de manera directa, como resultado de la valoración probatoria, o alternativa, con recurso a la estimación judicial del daño.

49.- Pero, desde el pronunciamiento de la sentencia de 16 de marzo de 2023, nunca más debería concederse entre los jueces españoles la estimación judicial del daño sin una valoración pertinente y concreta de la disponibilidad, contenido y utilidad de una medida de acceso a fuentes de prueba de las previstas en el artículo 5 de la Directiva de daños, cuya mención ha sido expresamente incorporada a la respuesta del Tribunal y cuando el enunciado de la pregunta no ofrecía su cita. Especialmente en aquellos casos donde la medida haya sido ofrecida por el demandado, porque el Tribunal valora muy positivamente ese ofrecimiento, entre otras cosas porque lo considera un hito adecuado para que el actor pueda indagar por mayor y mejor información con la que conducir su intento de cuantificación (párrafo 58). Puede que la asimetría informativa no sea pertinente en términos formales a la hora de conceder una estimación judicial del daño, pero la disponibilidad de información adecuada y la búsqueda activa de la misma sí lo son en términos materiales. Es decir, que si no es pertinente considerar la existencia de asimetrías informativas entre las partes sino una potencial -y temo que abstracta- situación de dificultad probatoria, no se puede afirmar que esa situación probatoria existe en el caso sin analizar qué uso se ha hecho



de una medida de acceso a fuentes de prueba como la que se concedió aquí. Y no se puede rechazar la utilidad de la medida por el solo extremo de que el actor o el juzgador cuestionen su idoneidad, todo con arreglo a un escrúpulo probatorio que está completamente alejado del estándar de litigación que el Tribunal de Justicia recomienda como aceptable, por su enlace directo y preciso con las previsiones procesales más trascendentes de la Directiva de daños. Desde los antecedentes relevantes para la solución del caso, la situación práctica a la que aboca la respuesta del Tribunal es exactamente la misma que la sugerida al tiempo de formular la pregunta a la que responde.

50.- La relevancia de la respuesta del Tribunal es todavía mayor y, también a efectos prácticos, consistente con la regla jurisprudencial construida por este juzgado con ocasión de las sentencias de 20 de febrero de 2019 (estimación judicial del daño con vocación de mínimos y ante la pasividad probatoria del demandado), 10 de noviembre de 2019 (desestimación de la demanda por pasividad probatoria del actor tras el rechazo injustificado de los datos ofrecidos por el demandado), 30 de diciembre de 2019 (estimación íntegra de la demanda por conservación de la presunción de daño y asunción del único informe econométrico presentado en el proceso) y de 21 de octubre de 2022 (de nuevo, desestimación de la demanda por inactividad del demandado y rechazo de una medida de acceso a fuentes de prueba): demandas que se estiman, demandas que se desestiman, por razón de la prueba practicada en el caso, por la inactividad probatoria del actor, por la inactividad probatoria del demandado, por la concesión de una estimación judicial y alternativa del daño. Todo ello por dos hallazgos principales en el razonamiento del Tribunal, que he anticipado parcialmente.

51.- El primero de esos hallazgos es que la facultad de estimación judicial del daño no es el remedio adecuado para sustituir la actividad probatoria de la parte actora, no solo en aquellos supuestos en los que esa actividad no es correcta o adecuada, sino especialmente en escenarios de pasividad probatoria y todo en relación con la disponibilidad y uso efectivo de mecanismos de acceso a fuentes de prueba (en el párrafo 57). Por lo tanto no es compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia una jurisprudencia nacional, basada en el principio de igualdad o en cualquier construcción semejante, cuyo desenlace práctico es que todos los procesos cuyo punto de partida es la misma infracción sancionada por la autoridad de la competencia se resuelven de la misma forma, sin tomar en consideración la singularidad y características de la actividad probatoria realizada en cada caso y, muy especialmente, si ha habido oportunidad o no de practicar medidas de acceso a fuentes de prueba y cuál haya sido su desenlace.

52.- El segundo de esos hallazgos es que la facultad de estimación judicial del daño no tiene nada que ver con las dificultades inherentes a la contradicción de las partes, la intensidad y complejidad de su prueba y el enfrentamiento de peritajes excluyentes (párrafo 52). Por lo tanto, constituye un exceso convertir lo anormal, es decir, el recurso a la estimación judicial del daño, en la solución normal de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia donde se enfrentan dictámenes periciales contradictorios.

53.- Así, la dificultad probatoria que habilita el recurso a la estimación judicial del daño es una de la que no es víctima el juez que debe resolver la instancia, sino la parte a la que debe beneficiar el pronunciamiento del juez y cuya actividad probatoria se ve interferida, acaso de manera insalvable, por esas dificultades. Por eso se debe valorar si se ha hecho uso de una medida de acceso a fuentes de prueba y con qué resultado.

54.- Así, la estimación judicial del daño no sirve para que el juez hurte su deber de motivación, es decir, de valoración de los medios de prueba presentados en el caso. Antes de eso, tampoco su deber de construir un estándar de valoración probatoria compatible con los principios de efectividad y equivalencia.

55.- Así, de lo que se trata es delimitar un estatuto de valoración probatoria permeable a la especificidad de este Derecho, que también es abordada expresamente por el Tribunal de Justicia, cuando admite que la solución del caso pueda plantearse en términos de incertidumbre probatoria (de nuevo en el párrafo 52). Pues ese es un escenario normal para el desenlace de una acción de daños, tal y como ha sido asumido por el legislador comunitario y para garantizar la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva (de nuevo en los considerandos 11, 45 y 46, que la sentencia reproduce).

56.- Y debe hacerse notar que la facultad de estimación judicial del daño no tiene absolutamente nada que ver con el desenlace normal de una institución normal para el enjuiciamiento normal de un proceso civil normal: la valoración crítica de dictámenes periciales, para su eventual moderación aceptando las aportaciones de unos y otros peritos y de manera coherente con el saldo del resto de los medios de prueba habidos en el proceso, al menos donde eso sea posible y cuando las partes colaboran a tal fin. De otro modo, si por estimación judicial del daño se entiende la simple reformulación de los dictámenes periciales de las partes, ese juicio estimativo, en términos de institución legal, no significará absolutamente nada para el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, porque la estimación judicial del daño sí parece al menos formalmente una institución legal novedosa para nosotros, se le debe atribuir un significado, función y presupuestos distintos. Yo creo que la estimación judicial del daño es una medida alternativa y extraordinaria de solución del proceso, que permite al juez ubicarse fuera



de él, que queda habilitada cuando la prueba practicada en el caso no convence al juez de forma no reprochable a la parte actora o a la demandada cuando se trata de estimar la extensión de la repercusión de sobrecostes, por la dificultad de cuantificación de una y otra magnitud, lo que invita a considerar primero de qué información se disponía y se ha podido disponer durante el proceso. Precisamente por esto último, se debe valorar de manera expresa si se ha hecho uso de las medidas de acceso a fuentes de prueba y con qué resultado.

57.- Debo admitir que una de las aportaciones más singulares de este juzgado y en la solución de casos análogos, como es sabido, es más difícil de compatibilizar con la respuesta y argumentación del Tribunal y no lo puedo ocultar: que la presunción de daño del artículo 17.2 de la Directiva de daños incorpore una faceta económica a modo de daño mínimo y a favor del perjudicado por una infracción anticompetitiva. Porque la decisión del Tribunal se contenta con una reproducción literal de los considerandos 45 y 47 de la Directiva (párrafos 9 y 11) y concede en su razonamiento una gran importancia cualitativa a la pasividad probatoria de la parte actora, sin entrar a considerar qué es lo que pueda ocurrir en aquellos supuestos en los que la pasividad probatoria sea imputable a la parte demandada, que es la destinataria de la primera carga probatoria exigible en este tipo de litigación: refutar la presunción de daño tras cartel.

58.- Y debo confesar que esa es la razón por la que, hasta ahora, he querido acentuar que la situación de asimetría informativa existente entre las partes es la principal especie de dificultad probatoria y que condiciona de forma más intensa la estimación judicial del daño: porque he tratado de preservar un remedio favorable al perjudicado por una infracción anticompetitiva y que garantice su compensación en aquellos supuestos en los que el demandado no colabora con el buen fin del proceso, su conducta es obstruccionista, sus alegaciones evasivas y su actividad probatoria inconcluyente y opaca. Conceder importancia, como criterio resolutorio, por habilitante de la estimación judicial, a la persistencia de una situación de asimetría informativa en el proceso, es el mecanismo útil del que me he servido a sensu contrario para sancionar la inactividad probatoria de la parte demandada. Después, cuando colabora con el esclarecimiento del caso mediante una actividad probatoria intensa y transparente, el criterio de la asimetría informativa ya no es útil en ese sentido y me ha conducido, por el contrario, a sancionar la inactividad probatoria de los actores que litigan de forma especulativa, para enervar la procedencia de estimación judicial del daño por no apreciar dificultades invencibles de cuantificación. Para este último escenario, es decir, para reproducir la misma utilidad impresa a mis decisiones anteriores, bastará con recordar en lo sucesivo que el juez no puede suplir la inactividad probatoria de la parte actora. Para el primero, es decir, el caso del infractor negacionista y obstruccionista, ¿es todavía compatible con la respuesta del Tribunal de Justicia mi aproximación a la estimación judicial del daño como mecanismo para dotar de contenido económico mínimo a la presunción de daño tras cartel?

59.- De este modo, la respuesta del Tribunal de Justicia pone en riesgo, por su posible incompatibilidad, el recurso a la estimación judicial del daño como herramienta jurisprudencial para la configuración de un daño mínimo en los supuestos de pasividad probatoria del demandado y que, a modo de germen jurisprudencial precursor, pueda ser positivizado por el legislador español. Todo eso queda ya sobre la mesa de nuestro Tribunal Supremo.

60.- Pero creo que mi aproximación inicial, es decir, la de la serie de sentencias que mediaron desde el 20 de febrero de 2019 hasta el 10 de diciembre del mismo año, todavía es compatible con la respuesta del Tribunal de Justicia, según he dicho. Si existen esas dudas, es antes debido a los términos del caso donde la cuestión prejudicial se ha planteado, pues estaban demasiado alejados de ese escenario. No he propuesto al Tribunal indagar sobre esa faceta de la presunción de daño, ni su relación con las reglas procesales nacionales sobre distribución de cargas probatorias, ni sobre el eventual empleo de la facultad de estimación judicial del daño con esa vocación de mínimos y no plenamente compensatoria, cuando el demandado no coopera con el buen fin del proceso y prueba menos de lo que prueba el actor. Y si el Tribunal explicita que la pasividad probatoria del actor merece de un reproche judicial traducido en la imposibilidad de acceso a la estimación judicial del daño, es también razonable sostener que en su toma de posición habría resultado igualmente censurable la pasividad probatoria del demandado para refutar el contenido de la presunción de daño, como elemento a considerar en el desarrollo del juicio estimativo allí donde, de forma no reprochable, la actividad probatoria del actor no logra ganar la convicción del Tribunal.

C) Sobre la respuesta a la tercera pregunta

61.- El Tribunal de Justicia reformula la sistemática de las preguntas segunda y tercera, para resolverlas de manera comunicada. Ciertamente lo estaban.

62.- De este modo, porque la asimetría informativa no es una especie reseñable de dificultad probatoria para el desarrollo del juicio estimativo, el Tribunal rechaza igualmente mi sugerencia sobre la relevancia de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva demande a un infractor respecto de quien no estuvo contractualmente vinculado. Ese es el enlace preciso en la respuesta del Tribunal entre la responsabilidad solidaria de un cartelista, lo que nunca estuvo en cuestión, y los presupuestos para la concesión de una



compensación alternativa a la solicitada con recurso a la facultad de estimación judicial del daño (párrafos 61-62 y 64-65).

63.- Sin embargo, la respuesta a esta pregunta es también una nueva muestra de la importancia que el Tribunal de Justicia quiere conceder al acceso a fuentes de prueba como herramienta procesal que debe caracterizar, en lo sucesivo, la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

64.- Porque el Tribunal enfatiza que esta situación pone de manifiesto la importancia de la institución, siendo que, en tales casos, es esperable que el infractor demandado haga uso del mecanismo de acceso a fuentes de prueba previsto en el artículo 5 de la Directiva de daños para preparar convenientemente su defensa (párrafo 63).

65.- Como sucede con algunos de los matices que advierto a las respuestas anteriores del Tribunal, según sugerí al formular esta cuestión prejudicial y en las alusiones a la efectividad del derecho de defensa del demandado en su relación con el artículo 47 CEDH, la toma de posición del Tribunal de Justicia exige una disciplina distinta sobre el contenido del proceso civil español, para garantizar que la disponibilidad abstracta del acceso a fuentes de prueba sea una concreta. Y eso determinará, a todas luces, una nueva interpretación sobre los deberes, contenido y límites preclusivos de la actividad de postulación y prueba de la parte demandada en un proceso de estas características, porque son indebidamente apremiantes en el contraste con las oportunidades de las que disfrutaban los actores".

Cuarto. Vigencia de la acción ejercitada.

53.- La primera defensa esgrimida por la demandada es la de la prescripción de la acción ejercitada por los actores. Debo desestimar esta defensa y, por el contrario, apreciar la vigencia de la acción ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 22 de la Directiva de daños y STJUE, 1ª, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB.

54.- En materia de prescripción y para el enjuiciamiento de casos que reproducen la estructura temporal de los hitos que son relevantes aquí, se ha aceptado para este partido judicial la aplicabilidad del plazo anual al que se refiere el artículo 1968 CC y se ha fijado el dies a quo del cómputo del plazo en el momento de publicación de la versión no confidencial de la Decisión. En efecto, mi visión personal sobre la cuestión resultó compatible con la expresada por la SAP Valencia, 9º, de 16 de diciembre de 2019, FJ 6º, cuando resolvió que:

"(...) La publicación de una nota informativa de dos o tres páginas (respecto de la extensión de la versión no confidencial de la Decisión) no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa. No basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados. En el momento de la nota de prensa, los eventuales perjudicados no estaban en condiciones de poder ejercitar eficazmente su derecho y lograr su total efecto, máxime si se tienen en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño. A nuestro criterio, el plazo inicial del cómputo debe situarse (...) en la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el 6 de abril de 2017. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción".

55.- Considero que esa doctrina jurisprudencial asume de manera razonable los principios de aplicación de la regla de la actio nata. Para el caso de una decisión sancionadora que ha sido recurrida en vía administrativa, la expresión del razonamiento anterior debe actualizarse para acentuar que no es hasta el momento de plena firmeza de esa resolución cuando resulta aconsejable que el perjudicado entable su acción consecutiva de daños, aunque el carácter de la acción permanezca inalterable si el actor decide ejercitarla de forma anterior y sin que eso le aboque forzosamente a un escenario de prejudicialidad administrativa, tras la supresión del artículo 13.2 Ley 16/1989 y sin perjuicio de la eventual aplicación de los artículos 42.3 y 434.3 LEC. El extremo de que la decisión sancionadora, por su trascendencia económica, haya alcanzado notoriedad desde el inicio de la investigación pública o que otros grupos de afectados o asociaciones de consumidores hayan preparado o formulado sus acciones con anterioridad a ese momento, no enmienda el razonamiento anterior (docs. 2-4 contestación).

56.- Por lo tanto, el dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de prescripción es en este caso el de la confirmación jurisdiccional de la decisión sancionadora.

57.- Pero la visión anterior sobre la selección del plazo de prescripción aplicable no es compatible con la doctrina jurisprudencial comunitaria ya citada.

58.- En efecto, en interpretación de los artículos 10 y 22 de la Directiva de daños, el Tribunal de Justicia ha afirmado que deben interpretarse en el sentido de que "en su ámbito de aplicación temporal está comprendida

una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de 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".

59.- Es decir, que en este caso el plazo de prescripción aplicable no es el del artículo 1968 CC, sino el previsto en el artículo 10.3 de la Directiva de daños, incorporado a nuestro sistema en la vigente redacción del artículo 74 LDC.

60.- Por todo ello, por la fijación del *dies a quo* y por la selección del plazo de prescripción aplicable, la acción ejercitada por la actora se encuentra vigente.

Quinto. Lo resuelto por la autoridad de competencia.

61.- La resolución sancionadora de la autoridad de competencia es de notable extensión. Debe considerarse que la instrucción del expediente está solo parcialmente afectada por la presencia de algunos infractores acogidos al programa de clemencia, entre los que no se encuentra la demandada. Las exigencias derivadas del principio de efecto vinculante y lo que precisa la solución del caso, no determinan la necesidad de realizar una exégesis integral de esta resolución, pero sí una muy intensa.

62.- Así, considero que es necesario prestar especial atención a la descripción y análisis que la autoridad de competencia realiza sobre (a) el mercado de venta de automóviles en España, (b) los hechos acreditados, (c) los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada, (d) la valoración jurídica de la conducta descrita y (e) los criterios para la determinación de la multa y su graduación.

A) El mercado de venta de automóviles en España

63.- La resolución sancionadora dedica las páginas 1 a 25 a la caracterización del mercado afectado por la conducta sancionada, con especial atención a su marco normativo (pp. 15-18), funcionamiento (pp. 18-21) y estructura (pp. 21-25).

64.- De todo eso resulta que la venta de automóviles en España se realiza esencialmente mediante un esquema de distribución selectiva y a través de una red de concesionarios oficiales de cada una de las empresas cartelistas. El mecanismo de fijación de precios inherente a ese sistema implica que (p. 19):

"De acuerdo con dicho sistema de distribución selectiva, el fabricante/distribuidor mayorista (la marca) vende el producto al concesionario/distribuidor minorista, que venderá el automóvil al cliente final en calidad de empresa independiente en nombre y por cuenta propia. Si bien la fijación del precio de venta final del automóvil es responsabilidad del concesionario, está estrechamente relacionado con la política de remuneración establecida por la marca a su Red de concesionarios. Dicha remuneración se compone de una retribución fija o margen básico, no dependiente de la cantidad de vehículos vendidos por el concesionario y percibido como un menor precio (descuento) del precio pagado por el concesionario a la marca, y una 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".

65.- De manera adicional, se constata que el mercado de automóviles es muy poco transparente, por la escasa disponibilidad de datos procedentes de fuentes públicas y, en especial, por las dificultades de obtener información relativa a categorías comerciales relevantes.

B) Los hechos acreditados

66.- La resolución sancionadora dedica las páginas 25 a 37 a la exposición de los hechos acreditados en el expediente sancionador. De ahí resultará el hallazgo de tres conductas relevantes para el Derecho de la Competencia, consistentes en todos los casos en intercambios de información empresarial. Así (pp. 25-26):

"(...) 1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

2. Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013.



En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROEN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

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

67.- La autoridad de competencia constata una serie de "hechos comunes a las tres tipologías de foros de intercambios de información" que operan, más bien, desde el carácter complejo y al mismo tiempo unitario de la conducta infractora que se describe. Por el contrario, la propia dinámica asumida por las unidades económicas infractoras permite diferenciar cada una de esas tres tipologías nominalmente como "de marcas" (o "club de socios o de marcas"), "de posventa" ("programa de intercambio de información de indicadores de posventa") o "de marketing" ("jornadas de constructores"). Aunque no resulte muy ortodoxo, me referiré a cada una de estas conductas como carteles independientes, a los solos efectos de clarificar mi razonamiento y exposición.

68.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de marketing se describen de forma muy parca (p. 37). Al parecer, esta conducta permitió únicamente el intercambio de información confidencial relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa y otras asimiladas, que pudieron influir en el desarrollo de estrategias comerciales futuras sobre elementos accesorios de la venta de automóviles, como la de neumáticos, pintura, la comercialización de seguros, programas de fidelización, mantenimiento o reparación y otras asimiladas.

69.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de posventa se describen de forma algo más extensa (pp. 32-37). En este caso, los cartelistas contaron con la colaboración de consultoría externa para la coordinación de los intercambios de información. La actividad del cártel consistió desde entonces en la puesta en común de información que era utilizada para la elaboración de informes de carácter mensual, trimestral y anual, esencialmente sobre la facturación de piezas de recambio y accesorios, vicisitudes relativas a los programas de mantenimiento de vehículos y otras sobre las redes de talleres oficiales autorizados.

70.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de marcas ocupan un lugar preeminente en la narración de la autoridad de competencia, tanto para enumerar los hechos comunes a las tres tipologías de foros de intercambios de información, como en la expresión de los hechos acreditados en relación específica a la información del club de marcas (pp. 26-32). Los intercambios de información confidencial comprendían una gran cantidad de datos, bien mediante comunicación electrónica o mediante la celebración de reuniones secretas y no documentadas. La información intercambiada afectaba a la distribución y comercialización de todos los vehículos distribuidos en España por los cartelistas. En este caso, los cartelistas también dispusieron de apoyo externo para la coordinación y funcionamiento del cártel. La naturaleza y características de la información compartida se describen de manera ambigua, pero en particular comprendían datos correspondientes a las siguientes categorías (p. 27):

"(...) - la rentabilidad y facturación de sus Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios),

- los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos; ello incluía, el peso, en términos porcentuales, asignado a retribución fija y variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, sistemas de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios.

- las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y los datos sobre las políticas de gestión de dichas Redes".

C) Los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada

71.- La resolución sancionadora dedica las páginas 70 a 74 al análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada. Es cierto que la finalidad principal de ese esfuerzo argumentativo se corresponde con la necesidad de calificación de la conducta como antijurídica, es decir, como una infracción de cartel. Pero,



aunque ese pronunciamiento se encuentre instrumental y acusadamente afecto al desenlace del proceso de aplicación pública, no por eso los razonamientos plasmados por la autoridad de competencia son menos útiles para un proceso de aplicación privada.

72.- En síntesis, el esfuerzo argumentativo de la autoridad de competencia se centra en afirmar el carácter antijurídico de un intercambio de información entre competidores, refutando las alegaciones de los infractores en tal sentido. Se trata allí -y también aquí- de recuperar una vieja dialéctica sobre la distinción entre infracciones por objeto y por efecto a la que ya he aludido.

73.- Y parece importante destacar que, si el resultado del proceso de aplicación pública no está condicionado por el previo hallazgo de una distorsión efectiva de la competencia en el mercado de automóviles durante el periodo de cartelización, la autoridad de competencia sí constató vestigios suficientes para afirmar que el comportamiento sancionado era idóneo para afectar la conducta competitiva de las unidades económicas cartelistas. En particular, que esa conducta había permitido disminuir la competencia efectiva entre ellos (*"el intercambio de información sensible ha tenido lugar y ha permitido disminuir la rivalidad entre las marcas que acordaron dichos intercambios"*, pp. 71-72, y *"han causado una afectación restrictiva de la -competencia-*", p. 73). De manera adicional, la autoridad de competencia constató igualmente una afectación estructural del mercado de distribución mayorista y con proyección y eficacia sobre el mercado de distribución minorista, así (de nuevo en la p. 73):

"Los intercambios producidos incluyeron la comunicación a las competidoras de los planes y acciones comerciales presentes y futuros de las marcas participantes respecto a la venta y postventa a través de sus redes de concesionarios y talleres oficiales, así como las políticas retributivas a dicha red de distribución, con efecto en la homogeneización y fijación de las condiciones y planes comerciales presentes y futuros de las marcas de automóviles imputadas. Los intercambios desvelaron información confidencial y estratégica sobre la organización de las respectivas redes comerciales de las marcas, datos fundamentales para diferenciarse de sus competidores y rivalizar efectivamente en el mercado de distribución, con el consiguiente perjuicio para la competencia".

74.- A su vez y respecto de la afectación concreta de los intereses de los clientes finales (p. 74):

"(...) el cartel de intercambio de información tenía como objeto y tuvo como efecto beneficiar exclusivamente a las marcas partícipes, en detrimento de clientes y consumidores y de otros competidores que no participaron en el intercambio de información secreta y estratégica".

D) Valoración jurídica de la conducta sancionada

75.- Por todo ello, la autoridad de competencia califica la conducta como una infracción única y continuada de cartel, con subsunción en los artículos 1 LDC y 101 TFUE y con concurrencia de todos los presupuestos necesarios a tal fin y contenidos en la DA 4ª LDC (p. 83). La autoridad de competencia enfatizará aquí nuevamente que *"la conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia"* (p. 84).

E) Criterios para la determinación de la multa y su graduación

76.- La resolución sancionadora dedica las páginas 87 a 100 al juicio de imputación y determinación de la sanción imponible a los infractores. Como es sabido, los criterios para la imposición de una multa por una infracción del Derecho de la Competencia son de carácter normativo y se enumeran en el artículo 64 LDC. Ese sustrato invita a considerar la gravedad de la infracción, la contribución causal de cada infractor a esta, la finalidad disuasoria de la multa y otros criterios residuales de proporcionalidad, que pueden ser también útiles para el juicio de cuantificación del daño compensable.

77.- En este sentido, la resolución sancionadora incorpora un ejercicio de valoración sobre la lesividad de la conducta sancionada en atención a la extensión objetiva, geográfica y temporal de la infracción. Así, se señala que la infracción afectó al 91% de la distribución de automóviles en España (p. 93), que la duración media de la conducta imputada fue superior a los 60 meses (en el mismo lugar) y que debía despreciarse, como factor atenuante, la grave crisis en el sector del automóvil, señalando enfáticamente que es precisamente en ese tipo de contextos cuando *"los riesgos anticompetitivos (...) se acentúan, y sus efectos sobre los consumidores y los mercados son aún más perjudiciales"* (en el mismo lugar). Pero también advierte expresamente que *"la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios o cantidades por parte de los partícipes, si bien no cabe duda de que constituye (un mecanismo apto para restringir) la competencia en la fijación de los precios finales y en la determinación de las condiciones comerciales de los automóviles distribuidos por las respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios posventa prestados en ellos"* (p. 92).

**Sexto. Lo que eso significa para este proceso.**

78.- Sin que este sea el lugar adecuado para descender a una genealogía del principio de efecto vinculante, su fundamentación y propósito, baste ahora señalar que esta regla pretendía originariamente liberar los procesos de aplicación pública y el desempeño de la Comisión de las interferencias de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales, para estimular después su aplicación uniforme, todo en el art. 16 R(CE) núm. 1/2003 y en la STJCE, de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, Masterfoods.

79.- En su desarrollo jurisprudencial posterior y vigente expresión normativa, el principio de efecto vinculante se ha enriquecido y hoy es algo más que una regla de coordinación entre los procesos de aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. Y es importante destacar que, para las acciones de daños, ese principio ya no solo se refiere a lo resuelto por una autoridad de competencia, sino también a la labor de fiscalización ulterior de esas decisiones por parte de los que pueden denominarse jueces de aplicación pública. Así, tanto el artículo 9.1 de la Directiva de daños como nuestra norma de transposición en el artículo 75.1 LDC, caracterizan el principio como una regla de *irrefutabilidad* sobre la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia. Pero no solo por parte de una autoridad de competencia, sino también por el órgano jurisdiccional competente para la revisión de sus decisiones.

80.- Pues bien, si la argumentación para la solución del caso parte de una necesaria exégesis de lo resuelto por la autoridad de competencia y si ahora debo indagar en lo que eso significa, por la vigencia del mismo principio de efecto vinculante debo considerar especialmente que ese análisis ya ha sido realizado parcialmente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Y que debe estarse a eso. Existe una comunicación bastante entre la acepción de esta faceta del principio de efecto vinculante y el significado, más convencional, de los mecanismos de prejudicialidad y cosa juzgada (arts. 42.3 y 222.4 LEC). Eso no merma la discrecionalidad que me asiste para la solución del caso (partiendo del párrafo 65 de la STJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, Otis).

81.- Así, la STS, 3ª, núm. 531/2021, ponente María Isabel Perelló Doménech confirmó la previa SAN, 6ª, de lo Contencioso, núm. 19 de diciembre de 2019, ponente Berta María Santillán Pedrosa que, a su vez, había confirmado la decisión sancionadora.

82.- En particular, la Audiencia Nacional había señalado que:

"Cuando los fabricantes de automóviles se intercambiaron la información antes expuesta es poco creíble y razonable entender que perseguían un propósito distinto del que implica un alineamiento de todas las empresas competidoras. Ninguna otra explicación puede encontrarse a que, entre los datos que se intercambiaron se incluyeran los datos estratégicos relativos a remuneración y márgenes comerciales a las redes oficiales de concesionarios, o datos desagregados que recogían las principales cifras y resultados económicos en aspectos tales como los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), el BAI (en porcentaje y en total). Además, era una información actualizada ya que se remitía con bastante periodicidad (en algunos casos era mensual) lo que favorecía su utilidad para diseñar estrategias o para condicionar comportamientos futuros. Y finalmente no es cierto que los datos compartidos fueran públicos porque, a diferencia de lo que entiende la recurrente, no podían obtenerse ni de la Dirección General de Tráfico ni de FACONAUTO.

Por otra parte, no se puede desconocer, el hecho de que atendiendo al peculiar funcionamiento del mercado del producto afectado, los diversos datos que se intercambiaron los distintos fabricantes de vehículos de motor analizados de forma global y conjunta y no de forma aislada, como pretende el recurrente, permiten alcanzar el valor de información estratégica, desagregada, suficientemente representativa y relevante y, por tanto, apta para eliminar la incertidumbre en el mercado de venta y de posventa de los vehículos de motor distribuidos por los fabricantes de las distintas marcas a través de sus redes oficiales de concesionarios que se encargaban de su comercialización al consumidor final. Especialmente, porque los fabricantes de vehículos de motor con la información intercambiada podían conocer las estrategias comerciales de sus competidores con influencia, al menos, de forma indirecta en el precio y en el proceso de determinación de otras condiciones comerciales relevantes y, con ese conocimiento podían, además, ajustar su comportamiento al de sus competidores eliminado incertidumbre y riesgos".

83.- La Sala Tercera (FJ 4º) confirmó que la conducta sancionada por la autoridad de competencia era susceptible de ser calificada como restricción por objeto, de la suficiente intensidad antijurídica (nocividad) y de forma consistente con los requisitos apreciados por la doctrina del Tribunal de Justicia, precisando que:

"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 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.

(...)

El intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real. Puede afirmarse que el acuerdo de intercambio de información entre competidoras instauró un sistema de conocimiento mutuo y recíproco de las condiciones comerciales con la finalidad de restringir la competencia, acuerdo que tiene por sí un grado suficiente de nocividad para ser considerado restrictivo por su objeto, pues sólo podía pretender la modificación de las condiciones de la competencia en el mercado.

En conclusión, el intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real".

84.- A continuación (FJ 5º), la Sala Tercera confirmó la naturaleza de la conducta sancionada como una de cártel, así:

"Los anteriores razonamientos nos llevan a la conclusión de que un intercambio de información entre empresas competidoras referente a precios y otros aspectos comerciales, de las características detalladas en apartados anteriores de esta sentencia, que tiende directamente a hacer desaparecer la incertidumbre en el mercado y tiene aptitud para homogeneizar comportamientos comerciales, es constitutivo de una conducta colusoria incurso en el tipo infractor muy grave descrito en el 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 RDL 9/2017".

85.- Pero la labor de análisis que la solución de este caso exige no se agota con la afirmación anterior.

86.- Como ya hemos visto, la resolución sancionadora describe hasta tres conductas contrarias al Derecho de la Competencia y nominalmente sancionadas como cartel. Según resulta de la narración de hechos probados, Peugeot participó en las tres clases de conductas infractoras.

87.- Sin embargo, ningún intercambio de información con incidencia en cualquier faceta del giro económico de las cartelistas, pero distinta a la distribución de vehículos a motor, puede tener incidencia en la determinación de los precios de ese segmento del mercado. Porque la formación de precios en el mercado de compraventa de automóviles no parece tener nada que ver con los servicios y actividades de posventa de las cartelistas o sus políticas y estrategias de marketing. Desde luego, no es así como la propia resolución sancionadora define el mercado de distribución de vehículos a motor en España y su mecanismo de formación de precios. Por eso no puede apreciarse un vínculo causal teórico entre esas dos de las tres conductas sancionadas y una teoría del daño que trate de explicar, de manera apta, que pudieron tener influencia en la determinación del precio de compraventa de un automóvil a través de un concesionario oficial. Y eso sea cual sea la noción de causalidad relevante que quiera emplearse para conducir ese juicio, incluso aceptando los desarrollos sentados específicamente para este Derecho por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (de nuevo en la recensión de Martí Miravalls, J., Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la Competencia, op.



cit., pp. 145-158, también en los trabajos de Robles Martín-Laborda, A., "Indirect purchasers and passing-on", disponible en SSRN y "La defensa basada en la repercusión del daño passing-on causado por infracciones del Derecho de la Competencia", Indret, núm. 1, 2021, y, desde luego, en las SSTJUE, 5ª, de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, Kone I, y de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis II).

88.- Aunque en un cartel concurren todas las condiciones que permiten a una infracción de esta clase ser especialmente eficiente en la generación y transmisión de sobreprecio (en la recensión de Harrington, J. E., "The practical requirements of a successful cartel", disponible en SSRN), nunca podrá provocar un efecto que resulte completamente ajeno a su objeto. Esa nota de ajenidad, respondiendo al concepto de causalidad relevante, es de formulación económica. Y, partiendo de la resolución sancionadora, existe una absoluta distancia económica entre dos de las tres facetas del mercado afectadas por la misma infracción de cartel sancionada por la CNMC (partiendo de Marcos, F., "Daños causados por el cártel de los coches", Almacén de Derecho, 18 de noviembre de 2021). Nada de eso tiene que ver con su carácter de infracción única y continuada.

89.- Por lo tanto, la presunción de daño aplicable a una infracción de cartel con carácter general no puede emplearse en este caso respecto de esas dos conductas. No al menos si de lo que se trata es de determinar si la compraventa de un vehículo realizada a través de un distribuidor oficial estuvo afectada por la infracción constatada por la resolución sancionadora. Cuestión distinta sería, por ejemplo, si la parte actora afirmase haber sufrido sobreprecio con ocasión de la celebración de un contrato de suministro, mantenimiento o un programa de fidelización semejante y trabado con la demandada durante el lapso infractor. Pero la demanda se refiere a otra cosa.

90.- Que una infracción de cartel sea el hecho identificativo con el que la jurisprudencia y legislación comunitarias han desarrollado una presunción de daño, es igualmente compatible con una necesaria labor de análisis de la tipología de la infracción sancionada por parte del juez de daños (de nuevo en la sentencia Otis I). Nuestra doctrina ya ha enfatizado que el sustrato que resulta del efecto vinculante o de las presunciones de daños, si conduce el juicio discrecional del juez mercantil, todavía le exige comprobar la concurrencia en el caso de que se trate de los presupuestos de la regla de responsabilidad civil por daño para evitar incurrir en excesos (en este sentido, sobre algunas facetas determinantes del juicio de causalidad e imputación, puede verse Marcos, F., "Alcance y límites de la responsabilidad solidaria por los daños causados por el cártel de fabricantes de automóviles", Working Paper IE Law School, 20 de septiembre de 2022).

91.- Por el contrario, una conducta infractora como el club de marcas, que consiste esencialmente en el intercambio de información sobre uno de los elementos determinantes de la formación del precio de un automóvil para las ventas realizadas a través de un concesionario oficial, como la remuneración y márgenes comerciales con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, es potencialmente lesiva en términos de sobreprecio. Por eso para esta conducta resulta aplicable una presunción de daño. Nada de eso tiene que ver con el extremo de que la parte actora, como adquirente final del producto, sea una eventual perjudicada indirecta por la infracción, de nuevo para esa noción de causalidad relevante de la regla de responsabilidad por daño antitrust y en concordancia con los preceptos que le conceden legitimación activa por tal motivo (art. 79.2 LDC). Porque el primer afectado por esa conducta fue, eventualmente, el concesionario.

92.- En efecto, reproduciendo el mismo juicio discrecional anterior, esa presunción es consistente con la definición de la resolución sancionadora sobre el mercado afectado por la conducta, su estructura, el mecanismo de fijación de precios de compraventa de automóviles a través de concesionario oficial, la tipología del intercambio de información sancionado como cartel y el análisis jurídico y económico subsiguiente realizados por la autoridad de competencia y el Tribunal Supremo.

93.- Pero el análisis sobre el significado de la resolución sancionadora y la conducta infractora constatada, todavía no se agota con la determinación de si resulta aplicable o no una presunción de daño. No al menos cuando también es posible encontrar algún vestigio adicional sobre la eventual lesividad de la conducta en términos de sobreprecio potencial. Y sobre la afirmación anterior planean tanto las inflexiones de aquella noción legal ambigua de cartel a la que me referí, como las características de la conducta sancionada y susceptible de generar daño o la necesidad de establecer un umbral probatorio para refutar el contenido económico mínimo de esa presunción de daño.

94.- Porque lo cierto es que la resolución sancionadora únicamente permite constatar la afectación de un factor menor del proceso de fijación de precio de los automóviles comercializados en España a través de concesionario oficial y durante ese lapso.

95.- En este caso y a diferencia del punto de partida para la litigación del cartel de camiones, a modo de precedente jurisprudencial más inmediato en este partido judicial, la decisión sancionadora no permite constatar la existencia entre los cartelistas de intercambios de información o, en menor medida, la perfección



de acuerdos sobre fijación de precios brutos o netos. No consta que existiera una participación en el cártel de sus sociedades matrices para la coordinación de precios brutos o afectación a otras áreas del mercado comunitario. Pues, según lo que sabemos de esa conducta, se refirió esencialmente a las políticas empleadas por los cartelistas para la remuneración de sus distribuidores, por todos los conceptos que integraban ese sistema tales como precios fijos y variables, objetivos y bonus, campañas comerciales y financiación.

96.- Y todo eso es capaz de afectar el precio satisfecho por el adquirente final de un automóvil, si esa adquisición se realizó a través del canal comercial afectado por la conducta cartelizada. La propia resolución sancionadora así lo advierte. Pero, en términos de formulación de una teoría del daño aceptable y mientras no se demuestre algo más, solo en la medida en que ese concreto factor pudo verse alterado como consecuencia del cartel, considerado aislada y separadamente dentro del mecanismo de fijación de precios. Porque el cartel actuó exclusivamente sobre ese factor o, al menos, eso es lo que intuitivamente sugiere la resolución sancionadora y mientras no se pruebe algo más.

97.- No se trata aquí de conceder una presunción de daño mitigada o claudicante, sino jurídica y económicamente justificada. A su vez, como igualmente señalé mediante sentencia de 21 de octubre de 2022:

"113.- Precisamente este razonamiento es compatible con otro hallazgo de la actividad probatoria que he identificado como hecho notorio: sabemos que el cártel de automóviles fue coetáneo a otro de concesionarios Toyota. En efecto, aunque como es sabido una y otra conducta fueron sancionadas de manera separada y se apreció formalmente su independencia económica (de nuevo partiendo de Marcos, F., "Daños causados por el cártel de los coches", op. cit.), nada de eso impide alcanzar aquí dos conclusiones adicionales.

114.- En primer lugar, que es razonable sostener que el único factor del proceso de formación de precios de un automóvil afectado por la conducta de Toyota tuvo que ver con el precio aplicable a los concesionarios oficiales, en la medida en que estos reaccionaron cartelizándose en algunos casos.

115.- En segundo lugar, que es razonable sostener que, en algunos casos, el eventual sobreprecio abonado por el destinatario final del producto cartelizado se viera afectado directa o indirectamente por dos carteles distintos, lo que exigiría la formulación de una teoría del daño que no despreciase la contribución causal de cada infracción en la generación de ese eventual sobreprecio. Respecto de las compraventas de vehículos adquiridos de concesionarios-unidades económicas no destinatarias o en un momento o ámbito geográfico distinto del sancionado por la CNMC para el caso del cártel de concesionarios Toyota, seguiría siendo necesario, por prudente, descartar que esa infracción no tuvo un alcance -subjetivo, objetivo, geográfico, temporal- más amplio del constatado por la autoridad de competencia o incluso si pudo ser propagada por efecto paraguas (puede verse una definición y recensión jurisprudencial asequibles sobre la noción de umbrella pricing en Sanjuan, E., Valoración de los daños en los supuestos antitrust, Tirant lo blanch, 2017, p. 402, también en Olmedo Peralta, E., "Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cartel -"umbrella pricing"-: una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia, Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, núm. 15, 2014).

116.- Hasta ahora, otros juzgados mercantiles han examinado y resuelto demandadas de objeto análogo a esta, para conceder daños en una magnitud económica relevante (así en la SJM núm. 1 de Pontevedra, de 13 de octubre de 2022, ponente Manuel Marquina Álvarez). En mi opinión, eso puede ser consecuencia del ramo probatorio que se haya podido obtener en alguno de esos procesos. Pero, desde la valoración de la conducta constatada por la resolución sancionadora, un resultado de esa clase no se encuentra facilitado por el principio de efecto vinculante, la naturaleza de la infracción sancionada, sus características y la presunción de daño que le es aplicable de manera abstracta".

98.- No enmienda ninguna de estas la presentación de un informe suscrito por Oxera sobre la plausibilidad de que la conducta sancionada hubiera producido efectos en el mercado, lo que en ese documento se rechaza y por toda conclusión relevante. En primer lugar, aporta poco a la solución del caso un pretendido ejercicio pericial que no se presenta como tal y que se resume en la mera interpretación contradictoria de lo resuelto por la autoridad de competencia y cuál sea la forma adecuada de calcular los efectos producidos por un cártel en el mercado. Durante los últimos años los jueces españoles hemos tenido oportunidad recurrente de rechazar propuestas semejantes. Pues las únicas asunciones plausibles tras una infracción de cartel son, precisamente, que los cárteles tienen por finalidad procurar algún tipo de efecto en el mercado. De otro modo, los infractores no se habrían cartelizado. En segundo lugar, como posteriormente abundaré, creo que tampoco es útil el recurso a una suerte de estrategia probatoria redundante, a fin de que dos equipos periciales distintos se pronuncien respecto de extremos distintos y con incidencia en el juicio de cuantificación del daño. Máxime si eso se hace con el velado propósito de evitar que las aportaciones del equipo pericial KPMG puedan ser rechazadas por lo que se considere una interpretación incorrecta de lo resuelto por la autoridad de competencia. Se dice que los informes econométricos de cuantificación ausente del daño indemnizable



son, en tales casos, neutrales respecto de la interpretación de lo resuelto por la autoridad de competencia. En fin, eso es un punto de partida completamente equivocado para cualquier intento de cuantificación del daño que, precisamente, debe comenzar por tomar en consideración lo resuelto por la autoridad de competencia. De este modo, es inevitable que el perito se posicione y ofrezca de forma honesta su interpretación sobre el significado de lo resuelto por la autoridad de competencia.

Séptimo. Insuficiencia de los dictámenes periciales presentados por las partes.

99.- Mediante sentencia de 10 de marzo de 2023, he ensayado un estatuto de valoración probatoria con aspiración de integridad y generalidad, que considero compatible con la última doctrina jurisprudencial comunitaria, así:

"100.- Si de lo que se trata es de la creación de una regla jurisprudencial que indique cuándo y cómo la actividad de las partes será considerada adecuada para la solución del caso, debe tomarse en consideración (i) la especificidad de la prueba a practicar en este Derecho, (ii) un remedio a las limitaciones del discernimiento del juez, (iii) el significado de la valoración económica que está llamado a proporcionar y (iv) la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia cuando enfatiza que la exactitud sobre la existencia y cuantificación del daño compensable coexiste con algunas incertidumbres inevitables.

101.- Porque durante los últimos años he tenido oportunidad suficiente de describir y analizar los informes periciales presentados nuevamente aquí para la solución del caso, en sus distintas versiones, tal y como ya he resumido en los antecedentes de esta resolución, quiero aprovechar este pronunciamiento para la recreación de ese estándar jurisprudencial deseable, antes que para descender de manera más minuciosa al contenido de uno y otro informe pericial.

102.- Sobre la primera cuestión, en desarrollo de los criterios de valoración probatoria establecidos en la sentencia Azúcar II, que también son sobradamente conocidos, mediante sentencia de 30 de diciembre de 2019, donde también introduce algunas pautas interpretativas ofrecidas por la Audiencia Provincial de Valencia al respecto y de recensión de otras aportaciones extraídas de los materiales comunitarios de soft law puestos a disposición de los jueces nacionales, señalé que:

"67.- De todo eso, después de reconocer quién tiene que hacer qué en un proceso follow on, en qué medida afecta eso a un juez de aplicación privada del derecho de la competencia y antes de la valoración probatoria, la expresión de un auténtico prejuicio, así: (i) Que las limitaciones ante las que un lesionado por una práctica anticompetitiva se encuentra para ofrecer una cuantificación concreta del daño sufrido, se diluyen por la existencia de una carga procesal precedente de la que no es destinatario (la acreditación de la ausencia de producción de daño, que incumbe al demandado) y por la existencia de un marco legislativo y jurisprudencial de valoración probatoria que ubica un proceso follow on en un plano inclinado y favorable a la estimación de demandas privadas, en el contexto de un derecho sancionador, el de competencia, que ha iniciado una transición legislativa y jurisprudencial hacia otro de daños, sin dejar de perseguir los mismos fines de disuasión de conductas ilícitas y sin que eso altere la naturaleza compensatoria y no punitiva de la responsabilidad civil por daños en la que se traduce la aplicación privada de ese derecho. (ii) Que el papel preponderante de la ciencia económica en el desarrollo de todos los aspectos del derecho de la competencia no significa que, incluso reconociendo la tensión existente entre los significados económico y jurídico de este derecho, el juez deba dejar de resolver las cuestiones que se le plantean con arreglo a criterios estrictamente jurídicos y desde una perspectiva esencialmente jurídica. El conflicto entre las partes no es económico, es jurídico. El remedio que se da para solucionarlo, el proceso y sus límites, también son herramientas jurídicas y no económicas. Por eso los jueces, para valorar las evidencias económicas que aporten las partes al proceso, siempre conservan su discrecionalidad, tanto como para valorar cualquier otra prueba de naturaleza distinta. Entonces, no es necesario que el juez, a través de su resolución, sea capaz de entablar un diálogo económico con los expertos presentados por las partes y sus dictámenes, porque la solución del caso no necesita eso. (iii) A su vez, nunca puede obviarse que las propias teorías y opiniones económicas están sujetas a sus propias discusiones, de manera que la elección de uno u otro método de estimación, la composición de las muestras de datos, la selección y rechazo de variables o la plasmación de unos u otros resultados, nunca son incuestionables. Por eso, basta con que la cuantificación de los daños eventualmente sufridos y la valoración de los dictámenes periciales de las partes, se reconduzcan a un juicio sencillo, más o menos ortodoxo, pero suficiente para la solución final del caso, considerando la información de la que se disponga en el proceso y la conducta en él de cada una de las partes involucradas en la solución de ese caso. (iv) Aunque el juez puede practicar por sí solo una actividad de crítica de la prueba pericial, así en el art. 347.2 LEC, hay una labor de contranálisis del dictamen pericial presentado por una de las partes que solo incumbe realizar a la parte contraria y que solo puede realizar bien la parte contraria, máxime en escenarios de gran complejidad técnica y económica. Por eso, en mi opinión, resulta muy artificial que los jueces moderen por sí mismos la cuantificación del daño ofrecida por una de las partes rechazando parcialmente su dictamen sin asumir otro que lo sustituya, en ausencia de esa labor de contranálisis y de un elemento de prueba más sólido ofrecido por la parte



contraria. Cuando el juez desciende a censurar unos u otros aspectos particulares del informe de experto que se le presenta, que nunca comprenderá exhaustivamente desde una perspectiva holística y sensitiva, ni cuantitativa ni cualitativamente, su valoración puede resultar muy distorsionada y verse, en realidad, afectada por factores contextuales que no son los inherentes a la prueba pericial de que se trate. La ventaja de los jueces es que no necesitan hacer nada de eso para ofrecer buenas soluciones y que, por el contrario, sí pueden encontrar esas buenas soluciones apoyándose en juicios económicos sencillos pero eficaces. El juez debe evitar conducirse con escrúpulo probatorio, como atavismo o anclaje ampliamente contrastado por la literatura científica: las posiciones de una y otra parte intervienen como máximos y mínimos de cuantificación en la mens del juez, que opta por soluciones de cuantificación intermedias, sin tener buenos argumentos técnicos (probatorios) para hacerlo".

103.- Sobre la segunda cuestión, de manera más reciente, mediante sentencia de 21 de octubre de 2022 he señalado que:

"122.- Pero también he señalado que la adopción de medidas de gestión procesal para el desarrollo de una actividad de prueba más intensa no solo está llamada a permitir que las partes intervinientes en este tipo de procesos reformulen sus estrategias probatorias. También que se exija una crítica profunda de los intentos de cuantificación de cada parte y, así, permitir una interpretación y valoración más asequibles por parte del juez. Con ocasión de la SJM núm. 3 de Valencia, de 24 de febrero de 2022, cartel de camiones, señalé que: "33.- Cuando las pericias son complejas, extensas y netamente técnicas o cuando ya no valen aproximaciones retóricas como herramientas bastantes para el análisis de un objeto oscuro al entendimiento de un jurista, quien no puede realizar una labor de crítica de un dictamen pericial econométrico es el juez. Esto no significa reconocer aquí la imposibilidad de valoración de un medio de prueba o la renuncia al ejercicio de la labor de asignación discrecional de daños que como juez me asiste. Pero sí debo enfatizar que el juez no puede hacer eso de manera global, por sí mismo y sin una previa y adecuada labor auxiliar de la contraparte de que se trate. De otro modo, el análisis de la prueba pericial se resume en una selección por resultado, como criterio sobre el que se ha construido visiblemente el estado jurisprudencial (aplicable) (...). 34.- Sostener lo contrario, es decir, considerar que el juez puede asumir o refutar por sí mismo un estudio de esas características, o bien supone un acusado ejercicio de voluntarismo o, sencillamente, una falacia aparatosa. En realidad, este problema es aparente y está resuelto por dos máximas fundamentales y asequibles. Primero, que, si el juez dispusiera del acervo técnico suficiente para analizar un objeto de prueba de esta clase, no precisaría el auxilio de un perito para resolver el caso mediante una cuantificación del daño ortodoxa y no alternativa. Es decir, la naturaleza y función de la prueba pericial excluyen esa aproximación voluntarista, pues un informe de experto está basado en la expresión de una ciencia de la que el juez carece. Segundo, que la litigación por daños en general se explica de manera recurrente por la confrontación de diversos dictámenes periciales de cuantificación y por la crítica simultánea y recíproca de uno y otro dictamen por cada una de las partes intervinientes en el proceso. Eso es lo que pasa en cualquier proceso por daños ante la jurisdicción civil española. De manera poco razonable, esta pretendida y falsa especialidad del Derecho de la Competencia, es decir, que pueda eximirse a una parte de la carga de examinar minuciosamente la pericia presentada por otra, parece haber excluido la experiencia más habitual en la litigación por daños. 35.- Por el contrario, cada parte en el proceso debería asumir, a través de su equipo de expertos, la censura de los datos obtenidos por las restantes partes y sin basarse en un solo escrúpulo para su rechazo. Después, debería refutar la selección de métodos de cuantificación, enfoques y asunciones que conduzcan el estudio de que se trate. Por último, debería procurar la reproducción del estudio econométrico en el que todo eso se resume, para enfrentarlo con sus propias contradicciones o insuficiencias. Y, solo cuando se hubiera hecho eso y mediante una documentación suficiente, podría entonces el juez desarrollar una convicción crítica sobre la aptitud de la prueba practicada por una y otra parte para resolver el proceso. En resumen: el juez civil, por sí solo, no puede identificar lo que no funciona bien en un dictamen como el presentado por Man, aunque lo intuya desviado, por poco coherente con la naturaleza y características de la infracción sancionada, el contexto del proceso y el resultado del resto de medios de prueba practicados en el caso. Y tampoco debería hacerlo, aunque pudiera, pues no puede sustituir la actividad probatoria de las partes en el proceso".

104.- Sobre la tercera cuestión, de nuevo en la sentencia de 30 de diciembre de 2019, señalé que:

"68.- De este modo, en la jurisprudencia mayor y menor reproducida y en los documentos sugeridos por la Comisión, que determinan ese punto de partida para el análisis pericial en los procesos follow on, basta con que el juez, para la valoración de los dictámenes periciales traídos a las actuaciones, desarrolle una labor de comprobación que recorra intelectualmente los siguientes estadios (tomando como referencia el Estudio passing-on, Capítulo VI, "39 steps: a checklists for judges", pp. 181-205): (i) Debe realizarse un antejuicio sobre las evidencias que indiquen que hay existencia de sobrepuestos y de su posibilidad de repercusión aguas abajo en el mercado afectado por la infracción. (ii) Debe descenderse hasta una comprensión suficiente del mercado afectado por la infracción, como una consideración económica preliminar, discriminando qué factores intervienen en la determinación de precios, cuáles están afectados por la infracción y cuáles pueden no estarlo,



lo que exige una búsqueda de datos minuciosa sobre los efectos de la infracción. (iii) Debe resultar justificada la elección de unos u otros modelos de estimación del grado de repercusión de sobrecostes. Los modelos deben conducirse con arreglo a estándares aceptados por la comunidad científica, que son los condensados en la Guía Práctica. (iv) Si se realiza un juicio comparativo entre la evolución del mercado infractor y otro próximo, la selección de ese mercado analógico debe resultar suficientemente justificada. (v) Cualquier valoración debe ser una individualizada, de forma que discrimine cómo ha intervenido cada empresa infractora en el mercado cartelizado y que analice la eventual capacidad del destinatario de la conducta para soportar, en su caso, un mayor o menor umbral de repercusión del sobreprecio aplicado por el cártel. (vi) La robustez de una estimación descansará en el grado de transparencia con el que cada perito explique qué datos ha tenido en consideración, cómo los ha obtenido y cuál es su calidad, qué método de valoración ha empleado y por qué ha decidido hacerlo así, cuáles son las valoraciones cuantitativas y cualitativas que soportan sus conclusiones y, por fin, como ha sometido a crítica sus propias conclusiones, despreciando la presencia de factores de confusión, reformulando sus estimaciones con empleo de variables distintas y expresando, en cualquier caso, la fiabilidad de esas conclusiones en términos aceptables para la ciencia económica".

105.- Y, sobre la cuarta cuestión, propongo ahora estas pautas jurisprudenciales:

(i) El acento económico que debe conducir al juez a la formación de su convicción y a la expresión de la motivación que la sostiene, no tiene por objeto y finalidad la sustitución de la función que está llamada a realizar el experto.

(ii) Por exceso de lo que estoy dispuesto a conceder en términos de presupuestos aptos para el recurso a la estimación judicial del daño, no considero aceptable el equívoco intelectual que Daimler parece sugerir con ocasión de sus últimas conclusiones y que puede expresarse así: que el juez no se esconda, no ya tras la facultad de la estimación judicial del daño, sino que salga al encuentro de su prueba pericial para valorarla según el lenguaje y términos en los que está formulada. Porque lo que Daimler pretende, lo recordaré de nuevo es, primero, un pronunciamiento judicial que declare no aplicable una presunción de daño a la solución del caso, segundo, la asunción de un criterio de experto, el de E.CA Economics, que excluye cualquier tipo de efecto provocado por la infracción en el mercado y, tercero, como defensa residual, la exclusión de la procedencia de una estimación judicial alternativa.

(iii) Daimler no puede imponer a ningún juez en qué deba consistir la sana crítica como criterio interpretativo a la que se refiere el artículo 348 LEC y en los desarrollos jurisprudenciales que aquí son observables. Tampoco, claro, puede hacerlo el actor.

(iv) Por el contrario los sesgos económicos que un juez debe asumir a la hora de valorar el material probatorio de esa clase son los que inspiran la formulación compleja, por no ser únicamente de raigambre jurídica, del Derecho de la Competencia. Esa es toda la valoración económica que debe realizar el juez al resolver un caso como este.

(v) Por ejemplo, que el significado, función y efectos de una infracción de cartel no es únicamente el de hacer más transparente un oligopolio, sino que cartel significa coordinación, en su caso a través de la información, para la proyección de ese esfuerzo en un resultado y afectación concretos del mercado.

(vi) Por ejemplo, la asunción de criterios valorativos correctos para indagar sobre la selección ortodoxa de métodos de cálculo del sobreprecio, datos idóneos a tal fin y expresión solvente de los resultados de ese análisis.

(vii) Por ejemplo, una visión cualitativa sobre el significado del carácter disuasorio del Derecho de Daños, como funcionalidad añadida a la meramente compensatoria y para la evitación en el futuro de sucesos como el enjuiciado, que comprometen bienes jurídicos de carácter supraindividual y entrañan un terrible coste social. Porque ese es el significado de las relaciones de complementariedad entre las facetas pública y privada del Derecho de la Competencia.

(viii) En síntesis, el juez debe permanecer atento a todas las pautas cualitativas que resulten adecuadas para poder imprimir un significado económico suficiente a conceptos que percibe inicialmente como exclusivamente jurídicos.

(ix) Pues bien, un juez de aplicación privada del Derecho de la Competencia se conduce de manera aceptable en términos de valoración económica cuando percibe que, entre los elementos que informan la regla de responsabilidad por daño, la causalidad inherente al daño antitrust tras una infracción de cartel es meramente hipotética y que, por eso, el daño solo puede observarse en términos probabilísticos. Y ese es el enlace de los significados jurídico y económico de la incertidumbre en la valoración de los elementos de prueba disponibles a los que se refiere el Tribunal de Justicia".

100.- A continuación, debo abordar un segundo ejercicio de valoración probatoria, para el análisis exhaustivo de los informes de experto aportados por la parte actora (informe Cierzo Periciales-Sr. Apolonio , doc. intitulado

6 y registrado 7 del actor y ampliación de 27 de febrero de 2023) y por la parte demandada (informe KPMG-Sr. Alvaro , registrado en fecha de 28 de octubre de 2022, con ampliación de 20 de marzo de 2023).

101.- El informe del Sr. Apolonio , que carece de índice, tiene una extensión de cuarenta y cinco páginas y se estructura en ocho apartados.

102.- Los dos primeros apartados (p. 2, "objeto del informe" y "vehículo") son puramente introductorios y, sin embargo, adolecen de una presentación adecuada del equipo pericial, sus integrantes, cualificación profesional y, lo que considero más importante, su experiencia, que únicamente se refiere en la carátula del documento de forma más bien somera y que tampoco se completa mediante anexo.

103.- El tercer apartado se dedica a la expresión de la "metodología y documentación disponible" (p. 4). Así, se expresan como fuentes para sostener el estudio las siguientes:

1º Expediente sancionador de la CNMC de 23 de julio de 2015 NUM000

2º *Sentencia del Tribunal Supremo en confirmación de la resolución sancionadora: STS 1795/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1795*

3º *Tarifa Oficial de Precios PVP recomendado del fabricante para modelo y año (GANVAM)*

4º *Documentación acreditativa de marca y modelo. (Ficha Técnica y Permiso de Circulación)*

5º *Documentación acreditativa de la operación de compra del vehículo (Factura)*

6º *Informes estadísticos de la evolución de precios al consumo, para sector productivo y año (INE)*

7º *Informe de márgenes operativos de la asociación de Concesionarios de Automóviles Faconauto*

8º *Ficha técnica y permiso de circulación del vehículo".*

104.- Como cuestión relevante, se anuncia que la información de base estadística no se adjunta al informe. Se advierte que la decisión sancionadora no ha fijado en términos económicos concretos los efectos derivados de la infracción y se expresa, sin identificar el método de cálculo empleado y su justificación, que es labor del equipo pericial el desarrollo de un ejercicio de esa clase.

105.- El apartado cuarto se dedica a una suerte de interpretación de lo resuelto por la autoridad de competencia y su significado económico (pp. 4-11, "expediente sancionador-entorno jurídico-hechos probados). Pero ese ejercicio se resume en una reproducción parcial de la decisión sancionadora. Es decir, que no se ofrece una valoración cualitativa sobre hitos relevantes del proceso de aplicación pública y que resulten idóneos para conducir el juicio de cuantificación del daño.

106.- El apartado quinto del informe (pp. 12-14, "descripción del mercado mayorista-minorista del vehículo automóvil), abunda algo más en el análisis de las redes de distribución de vehículos en nuestro país, para enfatizar la importancia de las políticas de descuento pactadas entre una empresa fabricante de automóviles y sus concesionarios oficiales, en términos agregados. Quiere aquí justificarse de forma ligera lo que, sin una construcción más minuciosa, parecen afirmaciones voluntaristas del equipo pericial: que resulta inadecuado tomar en consideración la evolución de los precios brutos empleados por los cartelistas para la cuantificación de los efectos del cartel y que tampoco resulta aconsejable un ejercicio comparativo de la evolución de esos precios entre los periodos cartelizado y no cartelizado (se dice que "la coincidencia de las prácticas sancionadas con los periodos de alta fluctuación de matriculaciones derivadas de cambios normativos en ayudas y promociones públicas, no permiten establecer un cálculo razonable por comparación de escenarios no cartelizados"). La afirmación es técnicamente muy dudosa.

107.- A continuación, de forma igualmente breve (pp. 14-15, "variables externas de acotación"), el equipo pericial descarta el empleo de técnicas de "acotación por límites", es decir, de establecer "cálculos estadísticos de regresión, debido a la complejidad de las variables de influencia en el precio de fabricación y distribución". De nuevo, se trata de una afirmación completamente arbitraria que de manera inadecuada quiere verse justificada por el recurso a la Guía Práctica, mediante la reproducción sesgada de algunos de sus pasajes. Como resulta del resto del informe pericial, parece que este equipo explica con más intensidad lo que no ha hecho que lo que sí ha hecho para calcular el daño compensable en este caso.

108.- El apartado séptimo (pp. 15-43, "encarecimiento artificial del vehículo objeto de informe") es el de mayor importancia y expresivo del trabajo realizado por Cierzo Periciales. Puede resumirse así:

(i) El informe justifica de nuevo su renuncia al estudio de "las prácticas propias del sector, las estadísticas disponibles y el redactado de la sanción" para la elaboración de su estudio de cuantificación del daño. A continuación, de forma inexpresiva, se desciende a una nueva reproducción de la Guía Práctica para, otra vez,



justificar la renuncia al estudio de "los precios unitarios de cada uno de los bienes ofertados en el mercado durante el periodo infractor, y dicho precio en los periodos posteriores al infractor, (por resultar) de imposible aplicación por diversos motivos, por un lado, la dificultad de acceso a esta información durante el prolongado período a que se refiere el análisis, (...) la gran variedad de modelos ofertados por cada una de las marcas y (...) (las) variaciones en los precios y características de cada uno (junto a su evolución temporal), por lo que resulta completamente imposible determinar una comparativa real, tanto en precio como en características del producto".

(ii) Por todo ello el informe se propone analizar "datos objetivos referidos a los índices de precios de los periodos y a los volúmenes de operaciones de las marcas, comparando dichos datos en los periodos en los que el cartel estaba operativo y los (...) posteriores al mismo" (p. 16). Se trata de la alusión más clara al contenido de su método de cuantificación, que se ha reservado hasta ese momento.

(iii) Como de manera inmediata señala el equipo pericial, se rechaza acudir al IPC general de consumo para el estudio de los efectos de la infracción por ser "demasiado generalista el acudir a esta fuente como dato".

(iv) Sin embargo, en la misma serie estadística el equipo pericial advierte la existencia de un índice de variación de precios específico para el sector del transporte, que se nutre con datos representativos de la compra y utilización de vehículos, según se dice. La justificación de empleo de esta variable como método central en la formulación de su estudio se justifica porque (p. 18) "este grupo de la clasificación se incluyen de manera específica las categorías de bienes objeto del presente estudio, y que, tal como definió la resolución de la CNMV (sic), eran los elementos de consumo afectados por el cártel".

(v) A continuación y de forma oscura, el equipo pericial dice haber descendido al estudio de la "evolución IPC Grupo transportes total desde el año 2006 al año 2013", "evolución IPC Grupo transportes total desde el año 2013 al año 2010", para extraer conclusiones sobre la evolución del mercado cartelizado y el desarrollo de un escenario contrafactual cuya representación gráfica es la siguiente (p. 20):

(vi) El equipo pericial manifiesta haber constatado así que los efectos del cártel fueron los causantes del incremento del IPC durante ese periodo, lo que justifica el recurso a este índice para el posterior cálculo del sobrecoste. Antes de un procesamiento adicional de esos hallazgos, se dirá nuevamente por qué no es posible recurrir a un ejercicio comparativo entre los precios de los vehículos afectados por la infracción, durante ese período y después de su cese.

(vii) En ese momento (p. 21), el equipo pericial censurará "la opacidad de la información suministrada por los infractores".

(viii) El siguiente paso del análisis estriba en el hallazgo a través del INE de datos sobre "el volumen de venta y reparación de vehículos a motor desglosados según tipo de cliente y actividad principal". La reproducción de esos datos ocupa a continuación una notable extensión, sin ninguna acotación explicativa. Pero parece que de lo que se trata es de averiguar si existen diferencias entre los volúmenes de negocio de Peugeot durante y después de la infracción. Es relevante señalar que en esa reproducción gráfica bien puede advertirse que se expresan datos agregados correspondientes a la venta de vehículos a motor, mantenimiento y reparación de vehículos de motor, comercio de repuestos y accesorios de vehículos a motor y venta, mantenimiento o/y reparación de motocicletas, sus repuestos y accesorios.

(ix) Tras nuevas consideraciones sobre la justificación del método de cálculo empleado por este equipo pericial, el "método de cálculo del sobrecoste" se aborda en las pp. 27-28. Parece que el equipo pericial centra su esfuerzo analítico en el precio de adquisición de vehículos nuevos, sin considerar los usados, los destinados a flotitas o para operaciones de financiación asimiladas al alquiler de vehículos. De lo que se trata por fin es del procesamiento de los volúmenes de negocio de los infractores y para el cálculo de una media anual de "los períodos cartel y los períodos postcartel", para su comparativa actualizada y de la que resultaría "un sobrecoste medio anual del 7'76%".

(x) Se dice que ese sobrecoste "repercute directamente sobre los consumidores, adquirientes y usuarios de los vehículos" (p. 28), pero no se ofrece un análisis de pass on.

(xi) El equipo pericial que suscribe el informe parece desconfiar de la solvencia y rigurosidad de su método de cálculo, pues de forma inmediata (pp. 28-41) se descende a un pretendido método añadido que se describe como de "cálculo por comparativa jurisprudencial". Se abunda a continuación en una recensión de pronunciamientos jurisprudenciales de primera instancia y geográficamente diseminados, que se refieren a acciones de daños consecutivas a una infracción distinta de la que constituye el punto de partida de este proceso. Según se dice, de lo que se trata es de obtener una media del sobreprecio apreciado por esos pronunciamientos judiciales para su contraste con el obtenido por el método de cálculo principal del informe, por "similitud de cárteles" (p. 41).



(xii) El esfuerzo de los peritos tampoco se satisface con lo anterior. No se entiende cómo, si los peritos están hasta este momento tan insatisfechos con su ejercicio, por qué no se ha abandonado tal propuesta. Pero desde entonces y hasta la conclusión del epígrafe (pp. 42-43) se abunda en una última exégesis de lo resuelto por la autoridad de competencia, para valorar la intensidad de participación en el cartel de cada una de las unidades económicas destinatarias de la sanción y la duración de esa conducta, así (pp. 42-43):

(xiii) A continuación, los peritos proceden a asignar puntos "al alza o a la baja" a cada unidad económica para tratar de individualizar el sobreprecio aplicable, a modo de ejercicio arbitrario, pues no se explica en forma alguna cuál sea la justificación económica no ya de la procedencia sino del contenido de esos puntos.

(xiv) La recensión de los dos métodos de cálculo descritos ("tipo base") y la asignación de puntos porcentuales adicionales ("factor intervención marca" y "factor meses de intervención") resume un "tipo final" del 14'25%, que se cuantifica como sobreprecio aplicado al importe de la compra del vehículo al que se refiere la demanda.

109.- El informe KPMG es radicalmente más extenso y complejo que el anterior. El trabajo se estructura en tres partes. La primera (pp. 13-52) procura una recensión de los principios generales para la cuantificación del sobreprecio tras una infracción de cartel y, a continuación, aborda la descripción del mercado y productos cartelizados. La segunda (pp. 53-69) se ocupa de la crítica intensa del dictamen pericial de Cierzo Periciales. Debe señalarse que el Anexo V del informe (pp. 148-150) incluye una "cuantificación alternativa del sobreprecio obtenidos por KPMG, a partir de la misma aproximación y datos de los peritos de la actora, pero corrigiendo sus inconsistencias bajo tres escenarios distintos". Y la tercera (pp. 64-130) ensaya dos ejercicios alternativos de cuantificación del sobreprecio atribuible al cartel, partiendo de fuentes públicas y de los datos suministrados por las empresas del grupo Peugeot (que incluye a Citroën, pero también Fiat y Opel). Antes de eso, el informe ofrece un resumen ejecutivo y otros contenidos de mera introducción (pp. 6-12). Por fin, la conclusión de este equipo es que no existe evidencia económica de sobreprecio estadísticamente representativa y atribuible a la infracción en la compraventa de vehículos Peugeot en España durante el lapso de estudio, no siendo aceptables las conclusiones del equipo pericial designado por las actrices y los datos y el método empleados para conducir su análisis. Entre los anexos del informe pericial se incluye la presentación del equipo profesional KPMG, la expresión de fuentes de información y datos empleados para el desarrollo de la cuantificación alternativa.

110.- Entre la aproximación a los aspectos a considerar para la cuantificación del sobreprecio, es de interés destacar que el equipo KPMG parece haber observado de forma rigurosa las herramientas de soft law puestas a disposición de los jueces y el resto de los operadores por la Comisión Europea.

111.- El estudio abunda en una descripción minuciosa de las características del mercado afectado por la infracción, desde los hechos constatados por la autoridad de competencia hasta la configuración empresarial de Peugeot y las características de su red de distribución en España. También se abunda en la caracterización de los productos cartelizados o la distribución y evolución de cuotas de mercado entre cartelistas. Este esfuerzo permite advertir tres hallazgos relevantes. Por un lado, la constatación de la existencia de características técnicas en los productos cartelizados que los singularizan desde el punto de vista económico. En particular, porque invitan a la diferenciación entre segmentos comparables. Por otro lado, la identificación de los factores de demanda que inciden en las condiciones económicas del mercado cartelizado y explican su evolución. Por fin, la disponibilidad de fuentes públicas de información sobre la evolución de mercado y catálogo y condiciones comerciales de los productos de la demandada a lo largo del tiempo. De manera gráfica, ese esfuerzo se plasma así (p. 51):

112.- Esta primera parte del informe KPMG es esencial para tener por justificada la orientación de sus críticas al informe de Cierzo Periciales y, también, la selección y desarrollo de sus propios métodos de cálculo alternativo. Como bien apunta el equipo KPMG, de lo que se trata es de realizar un esfuerzo explicativo bastante y que, para el ejercicio comparativo en el que se resume todo intento de cuantificación del sobreprecio tras una infracción de cartel, no se atribuya a esta lo que pueda atribuirse a factores específicos soportados por la información disponible y según un análisis riguroso y ortodoxo.

113.- La crítica de KPMG al informe de Cierzo Periciales, que es una auténtica enmienda a la totalidad, es igualmente prolija, pero puede resumirse en tres puntos fácilmente comprensibles.

114.- En primer lugar, se censura, por su falta de idoneidad, la obtención a través del INE de datos agregados sobre venta de vehículos, mantenimiento y reparación, repuestos y accesorios y motocicletas. Después, que se empleó el IPC del grupo "transportes" como variable de actualización en los períodos 2006-2013 y 2014-2019, para la obtención de unas medias cuyo contraste o diferencia se atribuye a la infracción.

115.- Porque eso supone (i) que no se utiliza información alguna del precio de venta de automóviles en España, siendo que los datos que se obtienen del INE comprenden conceptos distintos, de los que solo el epígrafe



de "venta de vehículos a motor" se correspondería con la venta de vehículos nuevos en España, (ii) si bien ese mismo epígrafe incluye datos sobre camiones ligeros, medianos y pesados, autobuses o caravanas y, por todo ello, (iii) de forma inidónea para capturar y explicar los eventuales efectos del cartel, toda vez que las variaciones experimentadas por los indicadores analizados se explican por aspectos distintos a la infracción, como el incremento de vehículos vendidos y el volumen de negocio de facetas comerciales independientes del giro de los infractores.

116.- Así, se constata que los datos empleados por los peritos de la actora no son consistentes a lo largo del período analizado, es decir, que son erróneos, por razones próximas a los motivos ya expresados y que toman especialmente en consideración el recurso a indicadores agregados y que no discriminan productos distintos que no pueden compararse entre sí a lo largo del tiempo. En este lugar, se analiza por añadidura la variación de la clasificación CNAE a lo largo del tiempo (pp. 58-60).

117.- Por fin, se advierten circunstancias adicionales y que excluyen la comparabilidad de los datos empleados por Cierzo Periciales, que se resumen en el desprecio a la segmentación del mercado de vehículos automóviles (pp. 60-61) y la composición del índice IPC-transportes que se emplea como factor de actualización (p. 62).

118.- En segundo lugar, se rechaza la idoneidad y relevancia de recurrir a algunas sentencias estimatorias respecto de acciones basadas en una infracción distinta de la que funda la interposición de la presente, referidas a mercados objetiva y territorialmente distintos (pp. 62-63).

119.- En tercer lugar, se censura la ausencia de justificación económica del hallazgo de un sobreprecio medio partiendo de dos métodos de cálculo inadecuados y para la concesión arbitraria e injustificada de puntos adicionales que maticen ese resultado, al alza o a la baja (pp. 63-65). En adición a lo anterior, se denuncia que le informe de la parte actora incurre en errores de cálculo en el pretendido ajuste por meses de participación en el cartel. Por añadidura, se censura lo que se considera una aplicación redundante -y alcista- del sobreprecio obtenido (pp. 66-67).

120.- En realidad, el diálogo sostenido por los peritos durante la celebración de la vista fue bastante para evidenciar, a su vez, lo problemático del recurso por parte del equipo pericial de la parte actora a métodos de estimación del perjuicio compensable que, cuanto menos, merecen ser calificados como heterodoxos, sin refrendo alguno entre la literatura científica o entre las recomendaciones de las autoridades de competencia y desde la asunción inadecuada de lo resuelto por la CNMC, a propósito de la idoneidad potencial de los tres círculos del cártel para afectar a la determinación de los precios de compraventa de vehículos en España.

121.- A su vez, el esfuerzo de reproducción del modelo de Cierzo Periciales por parte de KPMG, depurado de sus errores, permite constatar la ausencia de efectos de la infracción en el mercado, así (pp. 67-68 y por remisión al Anexo V del informe):

122.- Durante la crítica oral de ambos dictámenes periciales, el Sr. Apolonio no pudo explicitar en qué forma ese hallazgo del equipo KPMG estribaría en una burda manipulación de su informe pericial.

123.- El informe KPMG aborda a continuación (pp. 71-76) la expresión de un primer ejercicio de valoración alternativa del efecto atribuible al cartel, partiendo de datos públicos. En particular, se toma en consideración la evolución del IPC de automóviles y del precio medio de turismos en España, de forma muy próxima en ambos casos, mediante la siguiente reproducción gráfica (pp. 72 y 74):

124.- En síntesis, ambas aproximaciones permiten constatar al equipo KPMG la ausencia de sobreprecio durante el período de infracción, por la reacción alcista del precio de los vehículos tras su cese. Pero considero que se trata de conclusiones fácilmente rebatibles desde el punto de vista cualitativo, en la medida en que la eficacia del cártel bien pudo consistir en contener la depreciación del precio de los automóviles durante el período de la infracción que, en un escenario de competencia perfecta, quizás podría haber resultado más acusada. Máxime si se considera que uno de los elementos precursores del cártel, al parecer, fue la fuerte crisis del sector, todavía más acentuada por los efectos de la crisis económica próxima al inicio del cartel.

125.- El ejercicio de cuantificación alternativo y central del informe KPMG se contiene en la sección 8 del documento (pp. 77-130). Las características esenciales del modelo empleado son las siguientes:

(i) Los datos utilizados para la cuantificación alternativa del sobreprecio estriban en una base de datos "transaccional", que recoge la totalidad de las transacciones realizadas por Citroën y Peugeot en España entre enero de 2010 y diciembre de 2019 y se compone de un total de 1'2 millones de observaciones y la base de datos "carline", que incluye información de carácter medio anual para Citroën y Peugeot sobre precios de venta a concesionarios, costes de fabricación y descuentos desagregados por tipo de automóvil durante los años 2008 a 2019 y que consta de un total de 1.770 observaciones. A su vez, se han empleado bases de datos



transaccionales de vehículos Fiat (período 2006-2019, de aproximadamente 0'3 millones de observaciones) y Opel (período 2008-2019, 0'7 millones de observaciones).

(ii) Según informa el equipo KPMG, esos datos son apropiados para la cuantificación del sobreprecio, pues reflejan los precios netos efectivos de Peugeot como resultado de la negociación con sus clientes directos, entendiéndose por tales a los concesionarios oficiales y las ventas directas o sin intermediación.

(iii) De existir un sobreprecio imputable a la infracción, según se afirma, debería ser apreciable en ese punto de la cadena de distribución. Pues no podría existir un potencial sobreprecio aplicable a los consumidores de no haber sido repercutido inicialmente al concesionario. El Sr. Alvaro respondió a preguntas adicionales sobre este extremo durante la celebración de la vista principal, para afirmar, considero que de forma razonable, que lo contrario solo sería posible en un escenario de absoluta vinculación y control económico de Peugeot sobre su red de concesionarios oficiales, lo que no se trata de un hecho constatado por la autoridad de competencia. Con todo, el trabajo incorpora el estudio del precio bruto como variable dependiente (ese precio es el que se obtiene al suprimir los descuentos e incentivos de las transacciones, es decir, en el mismo nivel de la cadena de suministro).

(iv) El análisis presta especial atención a la distribución por segmentos de los vehículos Peugeot y a la dispersión de sus precios y características técnicas, para confirmar quizás hallazgos conciliables con las conclusiones apreciadas como desenlace del primer método de estudio alternativo.

(v) A continuación, el informe justifica la opción metodológica por una técnica de comparación diacrónica temporal, como enfoque estándar y ampliamente aceptado por la literatura científica para la recreación de un escenario contrafactual, cuya implementación en el caso está facilitada por la disponibilidad abundante de datos adecuados.

(vi) Para la recreación del juicio comparativo que el método exige, se propone y justifica igualmente la utilización de un análisis de regresión econométrico, de manera compatible con las recomendaciones de la Guía Práctica y para aislar la incidencia de los factores que determinan la formación de precios en el mercado afectado por la infracción, con vocación explicativa.

(vii) La especificación del modelo de regresión para la estimación del sobreprecio se expresa de forma transparente. Así, se explica el contenido y significado de la variable dependiente utilizada en el modelo y que se corresponde con el precio neto efectivo de los automóviles (junto al uso alternativo del precio bruto), el tratamiento de la variable infracción, los costes, la demanda y las características del automóvil como efecto fijo.

(viii) En el desarrollo del modelo, se proponen algunas soluciones alternativas para la combinación de estas variables, con el propósito de reforzar el resultado del análisis y someterlo a diversos escenarios explicativos.

(ix) Los resultados obtenidos para Peugeot con el modelo se expresan así (pp. 105, 108, 113 y 116):

(x) Los resultados son coherentes con los obtenidos para Citroën, Fiat y Opel, con la misma clase de aproximaciones (pp. 98, 104, 109, 112, 120, 123, 127, 130).

(xi) Con ocasión de la ampliación de informe pericial, entre otros extremos, el equipo KPMG ha aportado nuevas pruebas de robustez y complementarios, para asumir una duración de los efectos de la infracción con proyección durante todo el ejercicio 2013.

126.- En síntesis y como conclusión, no se aprecia un incremento de los precios de los automóviles durante el periodo infractor y por razón de la pretendida eficacia del cártel. Antes, al contrario, se observa una evolución negativa de los precios durante los periodos comparables, es decir, entre el escenario infractor y contrafactual objeto de estudio. Las estimaciones son para todos los casos estadísticamente significativas y robustas, según se afirma. Solo de manera residual se aprecia una eventual eficacia del cartel, difícilmente cuantificable de forma relevante, como resultado de la utilización de variables de control de menor rigor estadístico que las que definen el modelo principal de cuantificación.

127.- Como ya he señalado, tras la práctica de la medida de acceso a fuentes de prueba instrumentalizada a través de una sala de datos, Cierzo Periciales presentó una ampliación de su informe pericial que, en realidad, se resume más bien a un documento explicativo y muy conciso sobre el desempeño del perito durante la práctica de la medida. En primer lugar, el perito manifestó su extrañeza de que la concreta transacción a la que se refiere a la demanda no estuviese incorporada a la base de datos exhibida lo que, por el contrario, ya había sido explicitado de manera transparente por el equipo KPMG. En segundo lugar, el perito abundó en otros juicios de desvalor sobre la extensión temporal de la muestra, algo que ya era conocido antes del inicio de la medida de acceso. En tercer lugar, el perito pareció discrepar del empleo estadístico de los conceptos "tasa de confianza" y "tasa de desempleo".



128.- Respecto de este último apunte, el equipo KPMG tuvo oportunidad de explicar de forma previa en la celebración de la vista que la primera de las magnitudes se corresponde con una noción elemental de un estudio econométrico y la segunda con una variable explicativa de su modelo y para controlar la evolución de la demanda. Es decir, esta circunstancia pone de manifiesto la incapacidad de los peritos de la actora para comprender adecuadamente el modelo de cálculo empleado por KPMG y la definición y contenido de sus variables de control.

129.- De este modo, el equipo Cierzo Periciales en ningún caso ha realizado una auténtica crítica del informe pericial KPMG, en menor medida lo ha reproducido para enfrentarlo a sus inconsistencias y, desde luego, no ha aprovechado la celebración de la medida de acceso a fuentes de prueba para reformular su propio informe pericial.

130.- Debo enfatizar que en el caso fueron implementadas medidas adicionales para velar por la transparencia de los datos exhibidos. Además que, siendo el carácter de la medida dispositivo y contradictorio, no se ha solicitado de manera justificada la exhibición de datos complementarios a los exhibidos o, a resultados de los hallazgos de la sala de datos, cualquier otra petición probatoria adicional.

131.- El resto de la prueba practicada en el caso no es útil para formar mi convicción (doc. 1 demandada-informe CNMC sobre auxilio a un juzgado mercantil para una infracción alternativa de la enjuiciada y para la expresión de meros criterios orientadores de cuantificación del daño antitrust).

132.- Por el contrario, para el desarrollo de ese juicio debo considerar (i) si el demandado ha logrado refutar la presunción de daño aplicable a la solución del caso, (ii) si el intento de cuantificación del actor ha colmado mi convicción y (iii) si el intento de cuantificación del demandado ofrece un resultado alternativo que pueda tenerse por aceptable.

133.- La actividad probatoria del demandado no es pertinente y útil para refutar el significado jurídico y el contenido económico de una presunción de daño tras una infracción de cártel de las características del enjuiciado.

134.- Así, tal y como señalé mediante sentencia de 10 de marzo de 2023:

"85.- La cuestión subsiguiente y que resta por abordar a la jurisdicción española es esta: ¿cómo se puede refutar la presunción de daño inherente a una infracción de cartel? Pues bien, es nuevamente significativo recordar que para el proceso civil español es más importante lo que se dice que lo que se prueba.

86.- Porque uno de los hitos principales para conducir el juicio sobre la ausencia de refutación de la presunción de daño que, como diré a continuación, es aplicable a la solución del caso, es la completa ausencia de explicación por parte de ninguno de los infractores sancionados por la Decisión de la Comisión a propósito del origen, contenido, funcionalidad y utilidad económica que explican la infracción por la que, además de manera pacífica mediante la solución convencional del proceso de aplicación pública, aceptaron ser sancionados.

87.- Durante el último lustro he prestado especial atención y energías al enjuiciamiento de este grupo de casos. Nunca he recibido el más mínimo esclarecimiento sobre los extremos anteriores por parte de ningún destinatario de la Decisión a la que se refiere la demanda.

88.- Si las explicaciones son más importantes que los medios de prueba ofrecidos para la refutación de la presunción de daño, porque sin postulación no hay prueba pertinente y útil, eso no resta pertinencia y utilidad a la labor probatoria que se desarrolle con tal fin cuando esa explicación sí se haya ofrecido previamente. Pero ¿qué medios de prueba serán aptos para eso y en tal caso?

89.- Pues bien, debo ahora afirmar de forma absolutamente rotunda que un informe econométrico de cuantificación ausente del daño compensable es un instrumento de prueba completamente impertinente e inútil para refutar la aplicabilidad y significado económico de la presunción de daño aplicable a una infracción de cartel.

90.- Porque la actividad probatoria a desarrollar en tal sentido es mucho más sencilla, más asequible y terriblemente más poderosa: junto a esa ausencia de explicación a la que me refería anteriormente, nunca ha sido puesto a mi disposición ningún elemento probatorio bastante para acreditar cómo funcionó el cartel sancionado. En el contraste con la naturaleza puramente hipotética y especulativa de un informe econométrico como el suscrito por E.CA Economics, para acreditar el carácter inocuo del cartel sancionado por la Comisión, en términos de ausencia de efectos en el mercado español, bastaría con la aportación de documentación suficiente y relativa a (i) la concreta información que Daimler puso a disposición del resto de infractores, (ii) la concreta información que Daimler recibió como contraprestación, (iii) el contenido de la interlocución sostenida a tal fin con identificación de las personas que desarrollaron esos actos, (iv) el procesamiento de esa información a través de la estructura de Daimler, (v) su concreta aplicación empresarial y (vi) la experiencia compartida entre infractores sobre los resultados obtenidos tras todo ello.

91.- Con ocasión de la sentencia de 30 de diciembre de 2019 , señalé que:

"(...) (ii) Aportar aquí los documentos e información traídos al expediente sancionador instruido por la Comisión, como beneficiario del programa de clemencia. Man, si así lo desea y con el fin de acreditar la ausencia de producción de daños en este caso y en el resto de los que se enjuician actualmente ante este y otros juzgados españoles, puede compartir, por sí misma, la documentación de esa naturaleza que obre en su poder. Nada obsta a que el titular de una información confidencial, beneficiario de los distintos remedios de sigilo que se establecen en la aplicación privada del derecho de la competencia, la comparta espontánea y voluntariamente en un proceso follow on. Ciertamente, si la defensa de Man, resumida al menos en términos sustantivos, se centra en el extremo de sostener que la infracción sancionada es de una especie de las que no causan efecto directo en el mercado y que las características de este mercado en concreto no habrían permitido una práctica distinta, tanto mejor que aporte la información que permitió constatar la auténtica naturaleza de esa infracción. Porque los destinatarios de la obligación de sigilo inherentes a los documentos o declaraciones presentados en un programa de clemencia son la autoridad de competencia y los juzgados de aplicación privada del derecho de la competencia, en la medida en que no pueden compeler a dicha autoridad a que revele información de esa naturaleza. Pero no el beneficiario de la clemencia concedida por dicha autoridad y único titular de esa información. Aquí, la propia Sra. Leonor reconoció que Man tampoco ha puesto a su disposición información de esta clase".

92.- De manera parecida, la valiosa sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail, ha señalado que:

"51. Mr Beard KC's submissions in relation to this centred on the qualification in relation to "market intelligence" and the suggestion that DAF did not in fact have sufficient market intelligence to be able to calculate its competitors' net prices. This, in our view, undermines the point being clearly made in the recital, namely that all the Addressees were better able to calculate each others' net prices because of the exchange of gross list prices and the degree to which each one individually might have been able to do so might have been dependent on the "quality of the market intelligence at their disposal". 52. We think that, without evidence as to the market intelligence at DAF's disposal or indeed as to what DAF did use the gross list price information for, DAF is bound to accept that it was better able to calculate its competitors' "approximate current net prices" from the exchange of gross list prices. DAF did not secure any exemption for its allegedly different position in the Settlement Decision and cannot rely on any qualification in relation to market information without adducing evidence as to the market information at its disposal. (...) 116. We take no account of this speculation and it is an inappropriate way of approaching this issue by DAF. The burden remains on the Claimants to prove causation but where DAF has elected to call no evidence as to how the Cartel was operated by DAF and how it used the information to its advantage it is not open to its Counsel to speculate as to what actually happened. This was highly commercially sensitive information that was disclosed among the Cartelists over a long period of time. The Commission found that this information enabled the Cartelists to be better able to calculate their competitors' approximate net prices. Further, the basis of a finding of an infringement by object is that it is very likely to have had negative effects on transaction prices. Therefore, in our view, this means that, if DAF wished to argue that, because of the way it used the confidential information obtained through the Cartel, there was no effect on prices, it would have had to adduce factual evidence to such effect. In other words, DAF's admissions and the Settlement Decision establish a prima facie case that the Cartel had an adverse effect on transaction prices".

93.- La ausencia de efectos tras una infracción de cartel es un resultado muy extraño, porque lo que los cárteles persiguen es producirlos. Y, en este caso, la presunción de daño no ha sido refutada convenientemente por Daimler. Porque, en efecto, el cartel sancionado por la Decisión es uno generador de sobreprecio, no ha ofrecido explicación alguna sobre su significado y su prueba es inadecuada a tal fin".

135.- En este caso, la parte demandada ha sido incapaz de ofrecer una alegación solvente y razonable que explique su participación en el cartel sancionado por la CNMC durante aproximadamente siete años. Después, la actividad probatoria de Peugeot se resume en un ejercicio especulativo y de cuantificación negativa de los efectos del cartel en el mercado, sin puesta a disposición de información concreta que permita la reconstrucción, siquiera parcial, del contenido o funcionamiento del cartel.

136.- El intento de cuantificación de la parte actora no colma mi convicción, según las reglas de la sana crítica en el artículo 348 LEC. Por añadidura de lo ya señalado, puedo resumir de la siguiente manera las razones que justifican mi ausencia de convencimiento:

(i) Por lo que respecta al primer modelo de estimación empleado, creo que de manera no justificada la parte actora ha optado por un método de cálculo excesivamente simple, en cuanto poco exigente con la obtención de datos indubitadamente relacionados con la infracción y con aptitud bastante para reproducir sus efectos.

(ii) Creo que eso se ha hecho tras el desprecio de las recomendaciones y aportaciones de la literatura científica y de las guías específicamente ofrecidas a los perjudicados para la elaboración de un estudio de cuantificación del daño sólido.

(iii) Creo que la formulación del análisis concreto y expresión de sus resultados está completamente desprovista de asunciones cualitativas bastantes sobre la naturaleza de la infracción y sus características, el contexto y estructura económica del mercado donde arraigó, las peculiaridades de los productos cartelizados y cualesquiera otros factores que coadyuvan en la tarea explicativa que un intento de cuantificación debe suponer.

(iv) Creo que el perito de la parte actora se conduce erróneamente en la obtención de los precios medios que son el único soporte fáctico de su método.

(v) Creo que incurre en errores adicionales en el procesamiento y tratamiento de esos datos, para recrear de manera voluntarista un entorno alcista pretendidamente provocado por el cartel, de forma alejada de mi interpretación apriorística sobre lo resuelto por la CNMC y sin refrendo técnico adecuado.

(vi) No se ofrece ningún análisis de *pass on* que justifique la propagación del sobreprecio a través de los distintos niveles de la cadena de suministro y hasta la afectación concreta de la parte actora, al menos en términos de causalidad hipotética.

(vii) Por lo que resulta al segundo modelo de estimación empleado, baste señalar que no es tal, sino que consiste en una recensión jurisprudencial sesgada y respecto de una infracción cuya analogía con la presente no se explica ni es apreciable.

(viii) A su vez, uno y otro modelo se resuelven de manera completamente arbitraria, para el recreo de una pretendida individualización del daño que es artificial y está desprovista de cualquier justificación fáctica, jurídica y económica.

(ix) Creo que el mismo equipo pericial ha despreciado, sin buenos motivos, la oportunidad de reformular su informe con ocasión de la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el proceso.

137.- Para la solución de este caso he tratado de imprimir un gran esfuerzo en la expresión del grado de comprensión que alcanzo de uno y otro dictamen pericial.

138.- Pero, una vez explicada la comprensión que alcanzo de uno y otro dictamen pericial, especialmente para el caso del informe KPMG mi proceso de valoración probatoria solo puede partir de una suerte de análisis cualitativo sobre los hallazgos que resultan del resto de los materiales probatorios habidos en el proceso y, por fin, según máximas de ciencia y experiencia asequibles para un jurista. Como he señalado en otras ocasiones, el juez no es el perito y no puede someter a contranálisis los dictámenes periciales que se le presentan. Este marco de litigación sigue siendo insuficiente para someter a un informe como el suscrito por KPMG a la intensa contradicción que parece exigir.

139.- Desde el punto de vista cualitativo, no advierto tacha de ningún tipo en la selección del modelo, datos, bases de cálculo y concreto desarrollo en los que se resume el informe KPMG. En esta ocasión y como ya he señalado, este equipo pericial ha evitado incorporar a su informe la expresión de cualquier pauta interpretativa sobre lo resuelto por la autoridad de competencia. Eso sí, que los sesgos no se expresen no significa que no existan. Poco más puedo señalar.

140.- Pero, en un escenario donde no se me ha ofrecido ninguna explicación y prueba adicional de la naturaleza ya expresada y cuando, dicho de manera simple pero rotunda, ese informe pericial invita a concluir que una infracción de cartel pudo provocar un efecto inocuo cuando no depresor de los precios del mercado afectado por la infracción, mientras ese informe no ha sido sometido a la revisión crítica de otro equipo profesional que pueda imprimir la misma intensidad y recursos que quien lo suscribe y cuando todo eso sucede en los albores de la litigación por daños seguida contra esta particular infracción anticompetitiva, que augura ser masiva, no estoy en condiciones de afirmar que el informe KPMG es bastante para tener por acreditada la ausencia de efectos en el mercado de la infracción sancionada, que es la clase de pronunciamiento que la demandada espera obtener en este caso.

141.- En particular, creo que todavía debería haber espacio para una litigación más exhaustiva y que someta al informe KPMG a una tensión adicional en la búsqueda de aquellos sesgos a los que aludí o de cualesquiera otros en la obtención de sus datos o vicios de multicolinealidad, endogeneidad o transparencia de las variables empleadas para el tratamiento de aquellos o cualquier otra patología advertible durante su procesamiento.

142.- Del mismo modo, tal y como explicitó el Sr. Alvaro durante la celebración de la vista, el informe pericial KPMG también podrá ser ampliado y con el propósito de ganar mi convicción por entero, que debe ser un resultado posible para el desenlace de esta nueva litigación.

143.- No considero refutada la presunción de daño aplicable a esta infracción de cartel, el informe pericial de la parte actora no ha logrado formar mi convicción y la parte demandada no me ha ofrecido un escenario de



cuantificación alternativa de los efectos de la infracción que considere aceptable. ¿Debo realizar un ejercicio de estimación judicial del daño para la solución alternativa del proceso?

Octavo.- La cuantificación del daño no es prácticamente imposible o excesivamente difícil.

144.- Mediante sentencias de 20 de octubre de 2022 y 10 de marzo de 2023 he abandonado la aproximación de la Audiencia Provincial de Valencia a los presupuestos de aplicación de la estimación judicial del daño, como facultad alternativa y extraordinaria para la solución de una acción privada, en interpretación del artículo 17.1 de la Directiva de daños. No insistiré en los motivos de esta discrepancia sobre la finalidad y funcionalidad de esa institución y, sencillamente, señalaré que considero que mi visión y praxis jurisdiccional son compatibles con la última doctrina jurisprudencial del TJUE, que he expuesto largamente en esta resolución.

145.- Los actores no son merecedores de un desenlace alternativo para este proceso y con recurso a la facultad de estimación judicial del daño, porque no considero justificado que la cuantificación del daño sea un ejercicio prácticamente imposible o excesivamente difícil, todo en atención a las siguientes circunstancias:

(i) Porque ambas partes han presentado informes de experto que realizan materialmente un ejercicio de cuantificación, es decir, de manera que se evidencia que esa cuantificación es accesible, asequible y posible. Cuestión distinta es que ninguno de esos informes logre formar mi convicción y que, para el caso del informe presentado por la parte actora, se constate abiertamente la existencia de errores cualitativos y cuantitativos en su confección.

(ii) Porque el contenido de los informes de experto presentados pone de manifiesto que existen datos públicos y privados disponibles para conducir el ejercicio de cuantificación y que son admisibles métodos alternativos para su desarrollo, procesamiento y aplicación a la solución del caso.

(iii) Porque una de las especies de los vicios que afectan al informe pericial de la parte actora es la opción por un método de cálculo que no es exigente con la obtención de datos, cuando se encuentran disponibles.

(iv) Porque la parte actora ha despreciado la preparación de su demanda y del conjunto del proceso mediante el previo acceso a fuentes de prueba, sin justificar de manera bastante y razonable por qué ha obrado así. En este sentido, debo señalar que, si la idoneidad y contenido de una medida de acceso a fuentes de prueba debe estar siempre basada en un principio de proporcionalidad y que ese principio debe tomar en consideración las características particulares del caso, su trascendencia económica y las subjetivas de quienes intervienen en él, en ningún caso puede llegar a afirmarse que la difusión de medidas de acceso a fuentes de prueba como herramienta adecuada para un modelo de litigación adecuado es desproporcionada. Si esa litigación se conduce de forma fragmentada es, precisamente, por una decisión estratégica de los actores en el proceso y de los profesionales que les asisten. Y esa decisión estratégica no debe contaminar el significado y contenido del principio de proporcionalidad que, como ya he señalado, tampoco puede retorcerse hasta el punto de convertir lo adecuado en inadecuado.

(v) Porque la parte actora no ha realizado un aprovechamiento específico e intenso de la medida de acceso a fuentes de prueba practicada durante el proceso.

(vi) Porque la estimación judicial del daño no puede ser un recurso sustitutivo de la actividad probatoria de la parte actora por el simple hecho de que esta no sea bastante para la solución del caso, sin simultánea pasividad probatoria u obstaculización por el demandado.

(vii) Porque tampoco considero justificado y razonable exponer la solución de este caso a un resultado estandarizado, basado en el principio de igualdad o en cualquier otra construcción semejante y que no cumpliría con otra finalidad que la de premiar un modelo de litigación inadecuado, que no beneficia a los perjudicados por una infracción anticompetitiva, que no es sostenible para nuestro sistema judicial y que antes, al contrario, puede obstaculizar la efectividad de su derecho a obtener una compensación plena por los mismos motivos.

(viii) Porque constato que la estrategia procesal y probatoria de la parte demandada ha sido de colaboración leal y transparente, para la dinamización del debate contradictorio entre los peritos y la mejor comprensión por mi parte de sus intentos de cuantificación del daño compensable.

146.- Por todo ello, en la forma anunciada al inicio de esta fundamentación jurídica, procede la desestimación de la demanda.

Noveno. Costas procesales.

147.- La desestimación de la demanda debe determinar la condena en costas de la parte actora, ex artículo 394 LEC.



En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimo la demanda y condeno a la parte actora al pago de las costas procesales.

Frente a la presente cabe interponer recurso de apelación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ